

ARBITRAJE Y CORRUPCIÓN: DELITOS DE CORRUPCIÓN COMETIDOS POR LOS ÁRBITROS

Arbitration and corruption: corruption offenses committed by arbitrators

RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN*

Recibido: 10.DIC.2024

Aprobado: 09.ENE.2025

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Extensión del tipo penal (art. 386° CP). 2.1. Objeto. 2.2. Sujeto activo. 2.3. Sujeto pasivo. 3. Patrocinio ilegal. 4. Colusión. 4.1. ¿Arbitraje solo sobre bienes públicos? 5. Cohecho pasivo específico. 5.1. ¿Árbitro designado solo por el Estado? 6. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN:

El autor analiza la figura del árbitro en los delitos de corrupción; para ello -en inicio- examina la justificación de su extensión en los tipos penales que comprenden al árbitro. Luego, analiza las distintas figuras penales sobre corrupción donde el árbitro responde en calidad de autor, ello a pesar de no poseer la calidad de sujeto público, como son el patrocinio ilegal, colusión y cohecho pasivo específico.

PALABRAS CLAVE: Árbitro, corrupción, acuerdo ilícito, patrocinio, beneficio, dádiva, contrato.

ABSTRACT: The author analyzes the role of arbitrators in corruption offenses. First, the article justifies the extension of criminal liability to arbitrators. It then reviews different corruption offenses in which arbitrators may be liable as principals, even without being public officials, such as unlawful sponsorship, collusion, and specific passive bribery.

KEYWORDS: Arbitrator, corruption, illicit agreement, sponsorship, benefit, gift, contract.

* Profesor de posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad de Málaga – España (Beca AUIP). Estancia de investigación científica en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* – Alemania (Beca *Max-Planck-Institut*).

1. INTRODUCCIÓN

La administración de justicia es, sin lugar a dudas, una piedra angular dentro del mantenimiento de un Estado Constitucional; a partir de sus resoluciones y el cumplimiento de las mismas, las reglas que rigen la sociedad cobran sentido para los que la integran. Por ello, una sociedad donde sus sistemas de justicia no sean confiables, p.e. por razones de corrupción, es una sociedad inestable y débil, lo que puede conllevar, en situaciones extremas, a su disolución. En dicho escenario y comprensión, la Constitución Política ha establecido, en su artículo 139, que dentro de la función jurisdiccional se encuentra la arbitral –así como la militar-policial y comunal–, dándole a los mismos un ámbito de protección primordial a nivel constitucional. Así, si bien en inicio la administración de justicia debería ser privativa del Estado, a través de sus jueces, la sociedad actual ha comprendido que la misma puede delegarse a ciertos sujetos, árbitros, que no son funcionarios o servidores públicos, para que cumplan un rol tan importante; por ello, las personas que libre y voluntariamente se comprometan a administrar justicia bajo la figura del arbitraje, en reverso, asumen deberes fundamentales en la estabilidad y desarrollo de nuestra sociedad, así, el nivel de exigencia social en el adecuado cumplimiento de sus funciones.

En tal sentido, la extensión del árbitro en la comisión de delitos de corrupción, a pesar de no ser sujeto público, parte, en primer lugar, del papel relevante en la adecuada administración de justicia –cohecho– y pública –patrocinio–, pero también en el patrimonio público –colusión–; a partir de ello se encuentra justificada su inclusión al afectar bienes jurídicos de relevancia social, más aún si en estos últimos tiempos se han conocido casos emblemáticos vinculados a corrupción de gran escala como son los casos Rodolfo Orellana y Lavajato¹. Como consecuencia, el arbitraje ha perdido un poco credibilidad frente a la sociedad². En ese sentido, al igual que en el Ministerio Público o Poder Judicial, la corrupción también es posible en el arbitraje, más aún si en dicho espacio, a diferencia de los primeros dos, no existe los niveles de rigurosidad vinculados al acceso a la función pública, donde, p.ej., se requiere de un proceso de selección para sus nombramientos. No solo ello, también cuenta con un ámbito de control administrativo (Junta Nacional de Justicia y Órganos de Control); a pesar de ello, un sector considera que la corrupción es menor en relación al Poder Judicial, debido a que son elegidos por las partes, quienes fiscalizarán sus actos³. Empero, a nivel judicial, dicho control también lo pueden realizar las partes. Por ello, no compartimos dicho parecer.

1 Así lo menciona ESTRADA (2022, p. 17).

2 *Ibidem*.

3 EZCURRA (2015, p. 236).

Teniendo en cuenta la trascendencia de la justicia arbitral para la sociedad, el Código Penal ha regulado determinadas situaciones en las que un árbitro puede responder penalmente, específicamente dentro de nuestro espacio de estudio, por delitos de corrupción. Encontramos así el artículo 386°, como una cláusula que extiende el ámbito del sujeto activo de los delitos de colusión y patrocínio ilegal para incorporar a los árbitros; ello, a pesar de no ser sujeto público, menos aún encontrarse dentro de los parámetros del artículo 425° del Código Penal. Así el árbitro no se vincula a la administración pública a través de un contrato o designación pública, pero, a pesar de ello, puede cometer delitos tan relevantes como la colusión. De la misma forma, el artículo 395° establece que también un árbitro puede incurrir en el delito de cohecho pasivo específico, al -entre otros actos- solicitar un donativo para influir en las decisiones que tome en el proceso arbitral.

2. EXTENSIÓN DEL TIPO PENAL (ART. 386° CP)⁴

El artículo 386° del Código Penal establece que las disposiciones de los artículos 384° (colusión) y 385° (patrocínio ilegal) son aplicables, entre otros, a los árbitros respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen, regulación que cuenta con antecedentes dentro de nuestra legislación penal; así encontramos al Código Penal de 1863, artículo 201⁵ y al Código Penal de 1924, artículo 345⁶.

De esta forma, el legislador ha resuelto ampliar el ámbito de los sujetos activos del ilícito de colusión y patrocínio ilegal, vinculado a sujetos públicos, equiparando el rol especial desempeñado por ellos a los árbitros, es decir, los árbitros tienen deberes especiales vinculados al ámbito de la administración de justicia, a través de competencias de fomento, tratando, así, de llenar cualquier tipo de vacío que pueda generar impunidad⁷. Ello no quiere decir que el árbitro ingrese al ámbito de la función pública como funcionario o servidor. No se da una comprensión del

4 **Artículo 386° C.P.- Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares.**- Las disposiciones de los Artículos 384 y 385 son aplicables a los Peritos, Árbitros y Contadores Particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias.

5 Artículo 201° CP: “Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación o partición interviniere; y a los guardadores y albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias.”

6 Artículo 345° CP: “Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de las cosas o bienes en cuya tasación administración o participación interviniere; y a los guardadores y albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias”.

7 En sentido similar, ROJAS (2021, p. 627).

árbitro como funcionario, en la lógica del artículo 425° del CP⁸, sino que también se comprende como autores al árbitro por su relación directa con, p.ej., el contrato público, la posibilidad de afectar dicho ámbito de interés, no solo de la administración, sino de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, reiteramos, pesan sobre los árbitros deberes institucionales, no solo de dañar o afectar el proceso arbitral, de forma global, sino proteger este ámbito de la administración de justicia de ataque de terceros, al aceptar de forma libre vincularse a dicho espacio de la justicia de protección constitucional.

Sin embargo, el artículo 386° CP no ha sido estructurado -técnicamente- de forma adecuada⁹, verbigracia, equiparar dos tipos penales tan disímiles como la colusión y el patrocinio ilegal¹⁰. Un ejemplo del mismo es que la extensión de los sujetos activos no se condice con el sentido propio del hecho delictivo al cual se quiere aplicar, como es el caso del patrocinio ilegal, donde el sentido propio de ilícito gira en el uso de la investidura del sujeto público. Pues en el caso de los árbitros, en inicio, no se encuentra la idoneidad de un posible uso de dichas cualidades -la de árbitro- para interceder en la administración pública a favor de un tercero¹¹, es muy difícil -pero no imposible¹²- que un sujeto público se vea determinado -a través del acto de defensa de intereses- por un árbitro al momento de tomar una decisión funcional, no es el típico caso de un alto funcionario (ministro, congresista, jueces supremos, etc.) que defienda intereses particulares ante funcionarios de menor jerarquía, valiéndose de su cargo -cualidad-.

- 8 Artículo 425° CP.- Funcionario o servidor público.- Son funcionarios o servidores públicos:
 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
 3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
 6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
 7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.
- 9 Considera que el legislador no ha realizado una reflexión adecuada con la incorporación de dicho precepto ABANTO (2003, p. 327).
- 10 ROJAS (2016, p. 221).
- 11 Así, ABANTO (2003, p. 328).
- 12 Considera factible el patrocinio de árbitros, SALINAS (2023, p. 413).

Finalmente, en el artículo 386° CP, nos encontramos ante un tipo de remisión, careciendo así de autonomía, pues para comprender el injusto penal debemos remitirnos al artículo 384° y 385° del Código Penal¹³. Son dichos artículos los que determinaran el ámbito de aplicación de la figura del árbitro en los delitos de corrupción.

2.1. Objeto

El sentido de la ampliación de los sujetos activos se deriva de la prestación de determinados sujetos en relación la administración pública, pues en dicho ámbito, en el caso de la colusión, brindan un aporte relevante para la configuración del mismo, específicamente, en el ámbito de la contratación pública (perfeccionamiento del contrato); así pues, resulta de tal relevancia la participación del árbitro en el contrato, pues resuelve una serie de situaciones que son discutidas por las partes, lo que permite, una vez resuelto, continuar con el proceso contractual. P.ej. la continuación de la ejecución de la obra, realización del servicio o entrega de los bienes. Así, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N.º 2637-2023/Nacional, del 02 de octubre de 2024, ponente el juez supremo César San Martín Castro, ha señalado:

El **artículo 386 del Código Penal**, invocado en el sub *judice*, se erige en un **tipo delictivo complementario de ampliación de autoría por delito funcional a sujetos que no son funcionarios** o servidores públicos –**los árbitros**, en este caso–. **No es un tipo delictivo autónomo** que posea conducta propia, sino que los aportes de los autores equiparados están supeditados a los niveles de incidencia que adquieran –en este caso– al delito de colusión

2.2. Sujeto activo

Conforme lo precisado en el artículo materia de análisis, entre otros, es sujeto activo para cometer el delito de colusión o patrocinio ilegal *el árbitro*, quien es un sujeto que cumple un rol de juez encargado de resolver un conflicto entre las partes, el mismo que puede surgir por los jueces *juris*, los cuales establecen su participación para la resolución de controversias o por acuerdo previo entre las partes para resolver un conflicto fuera del ámbito judicial. Su ámbito de actuación se encuentra regulado en el Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

En esa línea, precisa el artículo 20° de Decreto Legislativo que solo pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus dere-

13 PORTOCARRERO (1997, p. 165). ROJAS (2021, p. 627 y p. 633).

chos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros, claro que si la controversia en el arbitraje –nacional– versa sobre temas de derecho, sí se requiere ser abogado, sin necesidad de que se encuentre en ejercicio; precisando en el artículo 21º, modificado por el Decreto de Urgencia N.º 020-2020, que la incompatibilidad para actuar como árbitro se dará en aquellos casos donde ha actuado previamente en el caso a resolver, sea como abogado de alguna de las partes, como perito o el que tenga intereses personales, laborales, económicos, o financieros que pudieran estar en conflicto con el ejercicio de su función arbitral. Además, el acto formal de vinculación de la persona y su nombramiento como árbitro surte su efecto una vez la otra parte ha sido notificada con dicho nombramiento (art. 21º.4).

Es de precisar que la extensión del tipo resulta acertada para el supuesto delictivo de colusión, pues comúnmente se arriban a acuerdos entre las partes para que el mismo resuelva alguna controversia sobre determinados aspectos del contrato público. En tanto que, para el supuesto de patrocinio ilegal, también es posible, no obstante, resulta difícil que el árbitro pueda valerse de su cualidad de tal forma que genere una posición especial dentro de la Administración Pública, para defender intereses particulares ante la administración. Como se ha mencionado, en los delitos en los que se ha podido identificar la responsabilidad penal del árbitro en casos de corrupción, encontramos al delito de colusión, patrocinio ilegal y cohecho pasivo específico. Empero, entendemos que si el legislador ha establecido ampliar la participación de los árbitros a la colusión, en la línea de que comparten muchos elementos en común, también hubiese sido coherente comprenderlos en el delito de negociación incompatible; situación que sí observamos en la legislación española, el mismo que establece en su artículo 440º CP que los árbitros pueden responder por el delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos¹⁴.

14 CAPÍTULO IX. De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función.

Artículo 440º Código penal español.- Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías, y los administradores concursales respecto de los bienes y derechos integrados en la masa del concurso, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años, salvo que esta conducta esté sancionada con mayor pena en otro precepto de este Código.

2.3. Sujeto pasivo

De forma general, el sujeto pasivo de los delitos de colusión y patrocinio ilegal es el portador del bien jurídico afectado por la comisión del hecho delictivo¹⁵. En ese sentido, sujeto pasivo es el Estado de forma general, y, en concreto, las entidades y organismos del Estado donde se circunscribe el compromiso del acto público parcializado, p.ej. Ministerio Público, Ministerio de Transportes y Comunicaciones, etc. De forma específica, se puede pensar que, para el caso de los árbitros, si bien no se encuentran relacionados a instituciones como el Ministerio Público o Poder Judicial, no comprendería como sujeto pasivo al Estado; sin embargo, para aquellos casos donde su actuar vincule a la Administración Pública, p.ej., en el caso que resuelvan una situación vinculada a una institución pública, el perfeccionamiento de un contrato público, será ella el sujeto pasivo.

Señaladas las partes generales de los delitos de colusión y patrocinio ilegal vinculadas en extensión a los árbitros, pasaremos a un desarrollo más detallado de los citados delitos.

3. PATROCINIO ILEGAL¹⁶

En el caso del delito del artículo 385° CP, el eje central gira en torno a la defensa de intereses particulares por parte del árbitro ante un funcionario competente de resolver o emitir un acto funcional, sin que para ello haya recibido previamente un beneficio por parte del interesado. El eje central de protección en este delito, más allá del prestigio e imparcialidad de la administración pública, como menciona gran sector de la doctrina¹⁷, es la expectativa social sobre el adecuado uso de la investidura o cargo por parte de determinados sujetos que la sociedad ha concedido para realizar actividades primordiales en sociedad; en este caso, el árbitro, quien con el respaldo constitucional se encarga de administrar justicia en su ámbito, a partir de ello, no debe utilizar dicha cualidad a favor de defender interés particulares ante la administración pública. Así, el bien jurídico se encuentra relacionado al correcto empleo de las cualidades, en este caso arbitrales, no desviando sus actos hacia la

15 Véase a DÍEZ (2009, p. 129).

16 Artículo 385° C.P.- Patrocinio ilegal.- El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

17 Así, ROJAS (2007, p. 434). Igualmente, HUGO y HUARCAYA (2018, p. 195). PRECIADO (2015, p. 204). REÁTEGUI (2016, pp. 88-89). ABANTO (2003, p. 274). A nivel jurisprudencial encontramos la sentencia de Segunda Instancia del Exp. N.º 00021-2011, emitido el 31 de mayo de 2012.

defensa de intereses particulares. En tal sentido, estamos ante un delito especial, donde solo podrá ser autor el árbitro, con base en la extensión establecida en el art. 386° CP. Además, el punto trascendental es desde cuándo se es árbitro, debido que al momento de patrocinar debe contar con la cualidad o atributo del cargo, por ello, conforme ya se señaló, el artículo 21°.4 del Decreto Legislativo N.º 1071, precisa que con la notificación a la otra parte del nombramiento del árbitro.

De otro lado, el delito se configura cuando el sujeto activo, en este caso el árbitro, hace prevalecer su condición, para favorecer, defender, apoyar o gestionar, intereses particulares —legítimos o no— ante un funcionario competente de un determinado caso o acto administrativo (juez, ministro, jefe de logística, etc.). Cabe precisar que el tipo no precisa que dicha defensa se realice contra otro árbitro o secretario, sino ante un funcionario o servidor público, lo que sin lugar a dudas dificulta su efectividad, en la lógica de la preeminencia del ámbito arbitral sobre la administración pública. Además, la defensa de intereses —lícitos o ilícitos— debe ser en relación a un tercero —ajeno—, no el propio. Lo relevante es pues que mediatice su cualidad, no que el árbitro instrumentalice sus funciones¹⁸.

Al respecto, la cualidad en los árbitros para patrocinar intereses es problemática, como se mencionó, pues la misma debe colocarlo en una situación de privilegio¹⁹ o ventaja al interior de la administración pública; a partir de ahí hace prevalecer o preponderar su cargo para presionar, influenciar o direccionar la actividad del funcionario que tiene a su cargo un caso de interés del particular²⁰. En el caso del árbitro, al no encontrarse directamente relacionado a la administración, en inicio podría carecer de esa idoneidad²¹; no obstante, si tenemos en cuenta el rol fundamental que le brinda la Constitución Política (administrar justicia), podría generar dicha condición en determinados espacios de la administración pública.

A nivel punitivo, la pena privativa de libertad por imponer va desde los dos días hasta los dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas. Además, no se encuentra dentro de lo establecido en la Ley N.º 30710, que modificaba el artículo 57° del CP, por lo que, perfectamente, es aplicable la suspensión de la ejecución de la pena, a comparación de delitos como colusión. Con respecto a los beneficios penitenciarios, a diferencia de delitos como colusión, cohecho, peculado, etc. en el delito de patrocinio, conforme el artículo 50° del Código de Ejecución Penal, procede los beneficios de semilibertad y liberación condicional.

18 SALINAS (2014, p. 296).

19 Véase la Casación N.º 226-2012/Lima.

20 PEÑA CABRERA FREYRE (2016, p. 329). ABANTO (2003, p. 278). REÁTEGUI (2016, p. 94).

21 Menciona la dificultad de asimilarlo al delito de patrocinio ilegal, ROJAS (2021, p. 628).

De la misma forma, se considera que puede existir concurso de delitos con el delito de ejercicio ilegal de profesión (art. 363) y con el delito de tráfico de influencias (art. 400)²². No obstante, consideramos que no cabe concurso con el delito de tráfico de influencias, debido a que en el tráfico de influencias se jacta ante el particular de contar con influencias sobre un funcionario competente y el solicitar un beneficio por su promesa de interceder, en tanto que en el delito de patrocinio ilegal no se requiere de beneficio y mucho menos de ufanarse de influenciar sobre un funcionario, sino de defender intereses. Nos encontraríamos ante un delito de cohecho pasivo específico cuando el interés privado se corresponde con la función del agente²³, el árbitro, es decir, recibir un beneficio para emitir una resolución a favor del particular.

4. COLUSIÓN²⁴

Brevemente, precisamos que el delito de colusión, se centra en aquellos sujetos públicos que, por su ámbito de competencia, se encuentran relacionados a procesos de contratación pública (civil o administrativa), sea de forma directa o indirecta, por lo que tienen dentro de su ámbito funcional el desarrollo del proceso de contratación, sea a nivel de requerimiento del servicio, proceso de selección, sus-

22 ROJAS (2007, p. 438).

23 HENRIQUE (2013, p. 1180).

24 **Artículo 384° C.P.- Colusión simple y agravada.-** El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.
3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

cripción del contrato, ejecución de la obra o servicio, a nivel del pago del contratista, por su intervención en la resolución de conflictos por la vía arbitral, etc. En dicho espacio, el funcionario arriba a un acuerdo con el tercero interesado (normalmente, personas vinculadas a una persona jurídica), a fin de que, a través de un acto en el marco de sus funciones o en el incumplimiento, incida en el proceso de contratación, donde necesariamente deben encontrarse en juego intereses estatales, el patrimonio público.

Al respecto, algunos autores consideran que el árbitro no podría formar parte de la colusión, debido a que su participación no se enmarca en ninguna de las fases del proceso contractual. No obstante, consideramos que ello no resulta correcto, toda vez que el árbitro sí participa dentro del desarrollo del acuerdo colusorio en la fase de la ejecución del proceso de contratación -a través del proceso arbitral-, aportando un elemento esencial en la viabilidad del acuerdo colusorio entre funcionario y tercero interesado. Es más, conforme al artículo 4^o.2. de Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, establece que es factible el arbitraje en cuestiones estatales. Así, indica que las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre las entidades estatales pueden someterse a arbitraje nacional, en tanto que el numeral 3 del citado artículo precisa de forma textual que: “El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país”. Sobre el particular, nuestra posición ha sido asumida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N.º 2637-2023/Nacional, del 02 de octubre de 2024, ponente el juez supremo César San Martín Castro:

No está en discusión, por expreso mandato legal, que el árbitro puede cometer el delito de colusión desleal, desde que está en condiciones de intervenir dentro del desarrollo del acuerdo colusorio en la fase de la ejecución del proceso de contratación a través del proceso arbitral, aportando un elemento esencial en la viabilidad del acuerdo colusorio entre funcionario y tercero interesado. El arbitraje forma parte, normalmente, del reconocimiento de la deuda económica del Estado a favor del tercero interesado, la cual queda plenamente establecida con el laudo arbitral [MARTÍNEZ HUAMÁN, RAÚL ERNESTO: Delito de colusión, Editores del Centro, Lima, 2024, p. 190]

En tal sentido, el arbitraje forma parte —normalmente— del reconocimiento de la deuda económica del Estado a favor de la persona natural o jurídica (tercero interesado), la cual queda establecida plenamente con la decisión (laudo) del árbitro. No debemos olvidar que en la praxis se establece dentro de las cláusulas del contrato (entre Estado y tercero interesado) que cualquier incidente sobre el mismo (p.ej. penalidades, etc.) se resolverá vía proceso arbitral, determinando el mismo que los alcances y delimitaciones del contrato se determinarán a través de un laudo arbitral;

con lo cual la participación o incidencia del árbitro en el proceso contractual es relevante jurídico-penalmente. Dicha posición ya ha sido asumida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, conforme la Casación N.º 1379-2017-Nacional, ponente el juez supremo César San Martín Castro:

Si bien la concertación finalmente se concretó en el curso de un proceso arbitral, ello en modo alguno impide su configuración delictiva. Ha de entenderse que **el proceso arbitral fue el ámbito donde se consolidó el acuerdo lesivo al interés público a través de una transacción**. Ese fue el marco formal de consolidación de **una concertación que importó una afectación patrimonial al Gobierno** Regional de Tumbes.

Establecido que la actividad arbitral es totalmente admisible en el proceso contractual vinculado al delito de colusión, debemos resaltar que, conforme el art. 386º del CP, es textual en relación a la posibilidad de que un árbitro pueda cometer el delito de colusión en calidad de autor, es decir, si un árbitro arriba a un acuerdo con el tercero interesado para favorecerse de su decisión, la cual debe tener una relación con el proceso contractual que vincula al Estado, el árbitro responde como autor del delito de colusión, por lo que personas que hayan favorecido o generado el marco para el acuerdo ilícito entre el árbitro y el tercero interesado, p.ej. el secretario, podría responder como cómplices del delito de colusión, desde luego, si es que colaboraron de forma idónea para concretar el pacto ilícito.

Por otro lado, acorde con lo ya señalado *supra*, la actividad contractual relevante jurídico-penalmente inmiscuye todas las etapas del proceso contractual: *aspecto interno* de la corrupción (preparación del proceso y elaboración de las bases), *aspecto adjetivo* de la corrupción (proceso y selección) y *aspecto material* del contrato (ejecución del contrato)²⁵; sobre esto último, GARCÍA comprende, también, como fase contractual a la ejecución del servicio u obra²⁶. Asimismo, señala VIZUETA que: “*No importa la modalidad de contrato público en cuyo ámbito se lleve a cabo la acción típica. Tampoco la fase del contrato –preparación, adjudicación o ejecución– en la que haya de intervenir el funcionario público*”²⁷. Empero, como se ha indicado, normalmente la incidencia de la actividad arbitral resaltarán en la fase final del proceso de contratación, cuando tenga que resolverse una disputa entre el Estado y el contratista; por ello, abarca espacios como el arbitraje, el mismo que se deriva de lo establecido en las cláusulas del contrato. Así, en vez de resolver algún inconveniente en relación a la comprensión del contrato desde el ámbito público, se recurre a la vía

25 Hace mención a las fases del acto contractual CATALÁN (1998, p. 81).

26 GARCÍA (2008, p. 25).

27 VIZUETA (2013, p. 278).

arbitral, como forma más objetiva y rápida de resolver contrariedad en el desarrollo del contrato. Además, si bien los árbitros no son funcionarios o servidores públicos, conforme al artículo 386° CP, el delito de colusión se extiende a los mismos, como precisamos, por su relevancia en el contrato público, y, por ende, con los intereses de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, si bien el arbitraje se ha caracterizado por la confidencialidad²⁸, es necesario un mayor nivel de transparencia en relación a las personas que intervengan en dicho proceso, incluyendo la figura del *third-party funding* (o tercero financiador)²⁹, pues de los mismos se puede identificar al sujeto que busca el pacto ilícito, sentido del injusto en el delito de colusión.

A nivel punitivo, según el tipo base o sus agravantes, los árbitros —como autores— puede ser pasibles de penas privativas de la libertad desde los 3 años hasta los 20 años, de acuerdo al tipo base o agravado de colusión, igualmente, penas de días-multa desde los 180 a 730 días; en relación a la pena de inhabilitación, que puede llegar a la inhabilitación perpetua, si bien se precisa la aplicación de los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36° CP, se entiende que de ellos, solo será posible aplicar el inciso 2, “incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público”. De la misma forma, a nivel de prescripción, será posible la duplicidad del plazo de prescripción (art. 80° CP) para el caso de los árbitros, al ser considerado autores del delito. De otro lado, se debe precisar que, conforme a la Ley N.º 30710, se modificó el art. 57° CP, el cual estableció la inaplicabilidad de suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad para los sujetos públicos con sentencias condenatorias dolosas por el ilícito colusorio —tanto para la básica y agravada— (además de otros delitos como el cohecho y el peculado); inaplicabilidad que no se traslada al cómplice o instigador. Al respecto, como se precisa de forma textual su aplicación al sujeto público, comprendemos que el mismo no es posible para el árbitro, pues a diferencia del art. 386°, referido a la ampliación del círculo de autores, en el art. 57° CP, se analiza el ámbito punitivo, lo cual deberá analizar de forma restrictiva. En relación a los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional, precisa la norma que no proceden para aquellos internos sentenciados por la comisión de delitos de corrupción, entre otros, el delito de colusión, en sus tres espacios (primer, segundo y tercer párrafo) por lo que no será posible su aplicación para los árbitros condenados por el delito de colusión, patrocinio o cohecho pasivo específico.

4.1. ¿Arbitraje solo sobre bienes públicos?

Asimismo, en relación a los elementos del artículo 386° CP, se menciona que el árbitro será autor del delito de colusión, respecto a los *bienes* en cuya adjudicación

28 ESTRADA (2022, p. 28).

29 ESTRADA (2022, p. 32).

o participación intervienen; sobre ello, en un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, se ha considerado que el elemento bienes no debe interpretarse de forma restringida, distanciándolo de la comprensión de contratos vinculados a obras o servicios, sino de forma amplia, pues el contrato público versa sobre bienes en general, además de comprender que el artículo 386° CP centra su atención en la extensión del sujeto activo para incorporar al árbitro y otros sujetos, por lo que no le brinda una nueva comprensión en relación a los elementos del delito de colusión —y patrocinio ilegal—. Como señalamos, estamos ante un tipo de remisión, que debe circunscribirse a lo establecido en los artículos 384° —y 385°— del CP. Así, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N.º 2637-2023/ Nacional, del 02 de octubre de 2024, ponente el juez supremo César San Martín Castro, ha señalado:

La extensión de autoría o de punibilidad **en este caso requiere que los elementos típicos del delito de colusión estén presentes**, con la salvedad del agente delictivo: el arbitro en este caso. [...] Respecto del ámbito de aplicación, **el artículo 386 del CP hace mención a bienes, obviamente del Estado, en el marco de un proceso de contratación pública u otros procedimientos en los que [los árbitros] participen cumpliendo un rol especial** [...]. Empero, a los efectos de la configuración penal de la conducta cuestionada, relacionada con el delito de colusión desleal agravada, **debe acogerse una interpretación de 'bien' más amplia.**

5. COHECHO PASIVO ESPECÍFICO³⁰

El delito de cohecho se centra en la solicitud, entrega o aceptación por parte del sujeto público de un beneficio realizado por un tercero —*extranei*—, de tal forma que incida en su actuación funcional, sea realizando un acto propio de su cargo o no. No obstante, dentro del cohecho pasivo específico, el plus se centra en que el sujeto activo realiza una actividad judicial, espacio que es considerado como piedra

30 Artículo 395° C.P.- Cohecho pasivo específico.- El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta y trescientos sesenta y cinco días-multa.

El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa.

angular en la comprensión de un Estado constitucional; por ello, en estos casos, los jueces, fiscales, peritos, árbitros, entre otros, podrán responder penalmente, porque su actividad se vincula a la administración de justicia.

En tal sentido, el árbitro es un sujeto que cumple un rol de juez encargado de resolver una controversia o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre las partes, respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza, es decir, tiene un poder de decisión, lo cual establece su participación para la resolución de controversias o por acuerdo previo entre las partes para resolver un conflicto fuera del espacio judicial. Su ámbito de actuación, como se mencionó, se encuentra regulado en el Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, que en su artículo 28º precisa su actuación; así, el árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. En caso no cumpla con dichas circunstancias, podrá ser recusado. Asimismo, conforme el art. 139º de la Constitución Política, se establece la jurisdicción arbitral, la cual a su vez puede, de acuerdo a los arts. 62º y 63º de la Carta Magna, solucionar conflictos derivados de la relación contractual; además que dicho ámbito puede someterse a arbitraje nacional o internacional.

Es de resaltar que un aspecto problemático a nivel empírico se aprecia en el beneficio indebido para el árbitro, pues en algunas ocasiones la misma se concretiza en el pago de sus honorarios por su labor arbitral, donde los mismos se establecen en montos elevados, sin ningún tipo de control. Si bien el artículo 71º del D.L. N.º 1071 establece que los honorarios de los árbitros será razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso. No existe un verdadero control sobre el pago de las remuneraciones, lo que posibilita espacios de corrupción; pues, en casos vinculados al Estado, las partes pueden estipular honorarios elevados para viabilizar el laudo arbitral en desmedro del Estado. Debemos precisar que la extensión del tipo al delito de cohecho resulta acertada, pues comúnmente se arriban a acuerdos entre las partes, para que se resuelvan algunas controversias sobre determinados aspectos de, p.ej. un contrato, lo que tiene una vinculación con la administración de justicia.

En relación a su sanción, la pena privativa de la libertad para el árbitro podría ser desde los 6 a 15 años, inhabilitación conforme al inciso 2 del artículo 36º CP, y pena de 180 a 700 días-multa.

5.1. ¿Arbitro designado solo por el Estado?

Una cuestión problemática la encontramos en relación a qué árbitro hace referencia el tipo penal del cohecho: si solo a los árbitros designados por el Estado,

como parte, o a cualquier árbitro, sea designado por la otra parte (un particular o persona jurídica privada), que vea un conflicto vinculado al Estado o entre privados.

Al respecto, consideramos que las potestades concedidas a los árbitros por la Constitución Política, de administrar justicia, impregna toda su actividad en el marco de una actuación imparcial e independiente, por lo que, si bien no se va a exigir una relación con la administración pública, sí se va a exigir una actividad imparcial al momento de administrar justicia, base fundamental para el mantenimiento de nuestra sociedad; he ahí la relevancia de la actuación arbitral, resultando indiferente su vínculo con el Estado.

Por ello, todos los árbitros resultan incluidos dentro del radio del sujeto activo, no importando que en la materia a resolver no se encuentre como parte el Estado³¹ o sea solo entre privados. Además, como lo precisa el Decreto Legislativo N.º 1071, en su artículo 28º, todos los árbitros, independientemente por quién hayan sido designados, tienen la obligación de actuar con imparcialidad e independencia. En tal razón, para efectos del delito, serán sujetos activos todos los árbitros.

6. CONCLUSIONES

La corrupción no se restringe al ámbito de la administración pública, sino que también ha ingresado al mundo del arbitraje, espacio de vital importancia en la administración de justicia, con resguardo constitucional. Ante dicha situación resulta legítima su protección penal.

El legislador ha ampliado el círculo de autores de los delitos de colusión, patrocinio ilegal y cohecho pasivo, de tal forma que también los árbitros, a pesar de no contar con la cualidad funcional, serán autores de los citados delitos.

En el ámbito del delito de patrocinio ilegal, resulta problemático, y de escasa casuística, no por ello imposible, que un árbitro pueda valerse de su cargo para defender intereses de terceros ante funcionarios públicos, de tal forma que cuente con un nivel de incidencia o motivación ante el funcionario para que emita un acto funcional en favor del interesado.

Es factible, en el delito de colusión, que un árbitro pacte con terceros, para emitir una decisión a favor de la empresa, y en detrimento de los intereses estatales, todo ello en el marco de un contrato público.

En el caso del cohecho pasivo específico, el árbitro –cualquiera sea la materia o quien lo haya designado– que recibe, acepta o solicita un beneficio de cualquier naturaleza para emitir un pronunciamiento a favor de un tercero, afectando de dicha

31 Pone de relieve dicha problemática, ABANTO (2003, p. 431).

forma, el adecuado desarrollo de la administración de justicia, a la cual representa, comete el delito.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, M. (2003). *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. (2ª ed.). Palestra.
- CATALÁN SENDER, J. (1998). Nuevos perfiles del delito de fraude funcional en el Código Penal de 1995. *Actualidad Penal*, (4), 71-87.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. (2009). *Derecho penal español. Parte general en esquemas*. (2ª ed.). Tirant lo Blanch.
- ESTRADA ROSAS, A. (2022). Recuperando la confianza en el arbitraje. Últimas implementaciones de las instituciones arbitrales para hacerlo más célere y transparente. *Ius Et Praxis*, 54(054), 15-35. <https://doi.org/10.26439/iuset-praxis2022.n054.5459>
- EZCURRA RIVERO, H. (2015). Corrupción y Arbitraje: A propósito de las Reglas IBA sobre conflictos de intereses. *Ius Et Veritas*, 24(50), 234-239. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14817>
- GARCÍA CAVERO, P. (2008). *El delito de Colusión*. Grijley.
- HENRIQUE PIERANGELLI, J. (2013). *Código penal. Comentado artículo por artículo*. Editora Verbatim.
- HUARCAYA RAMOS, B. / HUGO ÁLVAREZ, J. (2018). *Delitos contra la administración pública: análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Gaceta jurídica.
- MARTÍNEZ HUAMAN, R. (2024). *Delito de colusión: problemas actuales*. Editores del Centro.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2016). *Delitos contra la Administración Pública*. Instituto pacífico.
- PORTOCARRERO HIDALGO, J. (1997). *Delitos contra la Administración Pública*. (2ª ed.). Editorial Jurídica Portocarrero.
- PRECIADO DOMÈNECH, C. (2015). *La corrupción pública en la reforma del Código penal de 2015*. Civitas & Thomson Reuters.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2016). *El delito de Negociación Incompatible y de Patronio Ilegal*. Editorial Lex & Iuris.



- ROJAS VARGAS, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. (4ª ed.). Grijley.
- ROJAS VARGAS, F. (2016). *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Nomos & Thesis.
- ROJAS VARGAS, F. (2021). *Delitos contra la Administración Pública*. (5ª ed.). Gaceta Jurídica.
- SALINAS SICCHA, R. (2014). *Delitos contra la Administración Pública*. (3ª ed.). Grijley.
- SALINAS SICCHA, R. (2023). *Delitos contra la Administración Pública*. (6ª ed.). Editorial Iustitia.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2013). Delitos contra la Administración Pública. En: LACRUZ LÓPEZ, J. / MELENDO PARDOS, M. (Coords.), *Tutela penal de las Administraciones Públicas*. Dykinson.