

# UNIVERSIDAD DE HUANUCO

## ESCUELA DE POSGRADO

PROGRAMA ACADÉMICO DE MAESTRIA EN DERECHO Y  
CIENCIAS POLITICAS, CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL



## TESIS

---

**“Legalidad y legitimidad de la responsabilidad penal de los  
árbitros en la legislación penal peruana”**

---

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN  
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS, CON MENCIÓN EN DERECHO  
PENAL

AUTOR: Ames Peralta, Luis Enrique

ASESOR: Corcino Barrueta, Fernando Eduardo

HUÁNUCO – PERÚ

2022

# U

**TIPO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:**

- Tesis ( X )
- Trabajo de Suficiencia Profesional ( )
- Trabajo de Investigación ( )
- Trabajo Académico ( )

**LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN:** Derecho penal  
**AÑO DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN (2020)**

**CAMPO DE CONOCIMIENTO OCDE:**

**Área:** Ciencias sociales

**Sub área:** Derecho

**Disciplina:** Derecho penal

**DATOS DEL PROGRAMA:**

Nombre del Grado/Título a recibir: Maestro en Derecho y Ciencias Políticas, con mención en derecho penal

Código del Programa: P17

Tipo de Financiamiento:

- Propio ( X )
- UDH ( )
- Fondos Concursables ( )

**DATOS DEL AUTOR:**

Documento Nacional de Identidad (DNI): 41696949

**DATOS DEL ASESOR:**

Documento Nacional de Identidad (DNI): 22512274

Grado/Título: Título universitario oficial de doctor dentro del programa oficial de doctorado en derecho penal y procesal

Código ORCID: 0000-0003-0296-4033

**DATOS DE LOS JURADOS:**

N°	APELLIDOS Y NOMBRES	GRADO	DNI	Código ORCID
1	Espinoza Cañoli, Ena Armida	Grado de maestro en derecho, con mención en ciencias penales	22425372	0000-0002-5243-1182
2	Martel Santiago, Alfredo	Magister en ciencias de la educación docencia en educación superior e investigación	22474338	0000-0001-5129-5345
3	Vidal Ramos, Roger Pavletich	Doctor en derecho y ciencia política	41654520	0000-0002-8827-1985

# D

# H



**UDH**  
UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO  
<http://www.udh.edu.pe>

**UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO**  
UNIDAD DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE  
DERECHO Y CC.PP.

## ACTA DE SUSTENTACIÓN DEL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

En la ciudad de Huánuco, mediante la Plataforma Virtual GOOGLE MEET, a los once días del mes de julio del año dos mil veintidós, siendo las diecinueve horas, los Jurados, docentes en la Universidad de Huánuco, **Mg. Ena Armida ESPINOZA CAÑOLI, Presidente, Mg. Alfredo MARTEL SANTIAGO, Secretario, y Mg. Roger Pavletich VIDAL RAMOS, Vocal**, respectivamente; nombrados mediante **RESOLUCIÓN Nº 294-2022-D-EPG-UDH**, de fecha 04 de julio del año dos mil veintidós y el aspirante al Grado Académico de Maestro en Derecho Penal, **Bach. AMES PERALTA, Luis Enrique**.

Luego de la instalación y verificación de los documentos correspondientes, el presidente del jurado invitó al graduando a proceder la exposición y defensa de su tesis intitulada. "**LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ÁRBITROS EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA**", para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho y Ciencias Políticas con mención en **Derecho Penal**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, luego el presidente del jurado comunicó el resultado, habiendo obtenido la nota **cuantitativa** de **muy bueno** con la calificación **cuantitativa** de (en letras) **diecisiete** al mismo tiempo recomendó a la Escuela de Post Grado, se le otorgue el grado académico de **Maestro en Derecho y Ciencias Políticas con mención en Derecho Penal**, al graduando **Bach. AMES PERALTA, Luis Enrique**.

Se suscribe la presente Acta en tres originales y siendo las veinte horas con treinta minutos se da por concluido el acto académico de sustentación.

\_\_\_\_\_  
**PRÉSIDENTE**  
Mg. Ena Armida ESPINOZA CAÑOLI

\_\_\_\_\_  
**SECRETARIO**  
Mg. Alfredo MARTEL SANTIAGO

\_\_\_\_\_  
**VOCAL**  
Mg. Roger Pavletich VIDAL RAMOS



## UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO

### CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD

Yo, **Corcino Barrueta, Fernando Eduardo**, asesor del PROGRAMA ACADÉMICO DE MAESTRIA EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS, CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL, **Derecho y Ciencias Políticas**, mediante **RESOLUCIÓN N° 156-2020-D-EPG-UDH**, Huánuco, 19 de octubre de 2020, de la estudiante **Ames Peralta, Luis Enrique**, como asesor de tesis de la investigación titulada:

**“LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ARBITROS EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA”**

Puedo constar que la misma tiene un índice de similitud del 15%, verificable en el reporte final del análisis de originalidad mediante el Software Antiplagio Turnitin.

Por lo que concluyo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio y cumple con todas las normas de la Universidad de Huánuco.

Se expide la presente, a solicitud del interesado para los fines que estime conveniente.

Huánuco, 13 de diciembre de 2022.



**Dr. Fernando Corcino Barrueta**  
**DNI N° 22512274**  
**COD. ORCID 0000-0003-0296-4033**

## INFORME

### INFORME DE ORIGINALIDAD

<b>15%</b>	<b>15%</b>	<b>2%</b>	<b>7%</b>
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

### FUENTES PRIMARIAS

<b>1</b>	<b>idoc.pub</b> Fuente de Internet	<b>2%</b>
<b>2</b>	<b>www.enfoquederecho.com</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>3</b>	<b>repositorio.udh.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>4</b>	<b>repositorio.unsaac.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>5</b>	<b>distancia.udh.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>6</b>	<b>lpderecho.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>7</b>	<b>Submitted to Universidad Nacional de Trujillo</b> Trabajo del estudiante	<b>1%</b>
<b>8</b>	<b>Submitted to Universidad de Huanuco</b> Trabajo del estudiante	<b>1%</b>
<b>9</b>	<b>qdoc.tips</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>

  
Dr. Fernando Corcino Barrueta  
DNI N° 22512274  
COD. ORCID 0000-0003-0296-4033

## **DEDICATORIA**

A mis padres, por ser la motivación y el soporte de mi carrera

## **AGRADECIMIENTOS**

A mis padres, a los directivos de la Escuela de Posgrado de la Universidad de Huánuco, y a los docentes de maestría.

# ÍNDICE

DEDICATORIA .....	II
AGRADECIMIENTOS.....	III
ÍNDICE.....	IV
ÍNDICE DE TABLAS.....	VII
ÍNDICE DE ANEXOS.....	VIII
RESUMEN.....	IX
ABSTRACT.....	X
INTRODUCCIÓN.....	XI
CAPÍTULO I.....	12
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	12
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	12
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	15
1.2.1. PROBLEMA GENERAL.....	15
1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS.....	15
1.3. OBJETIVOS.....	16
1.3.1. OBJETIVO GENERAL.....	16
1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	16
1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	16
1.4.1. JUSTIFICACIÓN LEGAL.....	16
1.4.2. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA.....	16
1.4.3. JUSTIFICACIÓN DOCTRINARIA.....	16
1.4.4. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA.....	17
1.4.5. JUSTIFICACIÓN INSTITUCIONAL.....	17
1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....	17
1.6. VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN.....	17
CAPÍTULO II.....	18
MARCO TEÓRICO.....	18
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	18
2.1.1. ANTECEDENTES A NIVEL INTERNACIONAL.....	18
2.1.2. ANTECEDENTES A NIVEL NACIONAL.....	20
2.1.3. ANTECEDENTES A NIVEL LOCAL.....	21
2.2. BASES TEÓRICAS.....	22



2.2.1.	EL ARBITRAJE.....	22
2.2.2.	ETIMOLOGÍA .....	23
2.2.3.	NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE .....	23
2.2.4.	LA NATURALEZA JURÍDICA Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ÁRBITROS .....	28
2.2.5.	CONVENIO PENAL SOBRE LA CORRUPCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA .....	39
2.2.6.	PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO PENAL SOBRE LA CORRUPCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA.....	40
2.2.7.	LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ARBITRAJE EN LA LEGISLACIÓN PERUANA .....	40
2.2.8.	PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL ARBITRAJE .....	45
2.2.9.	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD .....	45
2.2.10.	LA LIBERTAD DEL CIUDADANO .....	47
2.3.	DEFINICIONES CONCEPTUALES .....	54
2.4.	VARIABLES .....	55
2.4.1.	VARIABLE DEPENDIENTE.....	55
2.4.2.	VARIABLE INDEPENDIENTE .....	55
2.5.	OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	56
2.5.1.	VARIABLE DEPENDIENTE: LEGISLACIÓN PERUANA.....	56
CAPÍTULO III .....		57
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN .....		57
3.1.	TIPO DE INVESTIGACIÓN .....	57
3.1.1.	ENFOQUE .....	57
3.1.2.	ALCANCE O NIVEL.....	57
3.2.	POBLACIÓN Y MUESTRA .....	57
3.2.1.	POBLACIÓN.....	57
3.2.2.	MUESTRA .....	58
3.3.	TÉCNICAS E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS...	59
3.3.1.	TÉCNICAS .....	59
3.3.2.	INSTRUMENTOS .....	59
3.3.3.	PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS .....	59
3.3.4.	PARA LA PRESENTACIÓN DE DATOS .....	59

3.3.5.    PARA EL ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS ..	60
.....	60
CAPÍTULO IV.....	61
4.    RESULTADOS .....	61
4.1.    PROCESAMIENTO DE DATOS DE RESULTADOS	
DESCRIPTIVOS .....	61
4.2.    INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS DELITOS APLICABLES	
POR NUESTRA LEGISLACIÓN A LOS ÁRBITROS .....	69
CAPÍTULO V.....	76
DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	76
5.1.    PRESENTAR LA CONTRATACIÓN DE LOS RESULTADOS DEL	
TRABAJO DE INVESTIGACIÓN .....	76
5.1.1.    SUSTENTACIÓN DE LA PROPUESTA .....	76
5.1.2.    PROPUESTA DE NUEVA HIPÓTESIS .....	77
CONCLUSIONES .....	80
RECOMENDACIONES.....	82
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	83
ANEXOS.....	87

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Análisis de la consideración jurídica como funcionario o servidor públicos a los árbitros .....	61
Tabla 2 Análisis de la consideración jurídica como funcionario o servidor públicos a los árbitros .....	63
Tabla 3 Análisis de la consideración jurídica como funcionario o servidor públicos a los árbitros .....	64
Tabla 4 Análisis de la consideración jurídica como funcionario o servidor públicos a los árbitros .....	65
Tabla 5 Análisis de la consideración jurídica como funcionario o servidor públicos a los árbitros .....	66
Tabla 6 Análisis de la consideración jurídica como funcionario o servidor públicos a los árbitros .....	67
Tabla 7 Análisis de la consideración jurídica como funcionario o servidor públicos a los árbitros .....	68
Tabla 8 Análisis de la responsabilidad penal de los árbitros por la comisión del delito de colusión simple y agravada .....	69
Tabla 9 Análisis de la responsabilidad penal de los árbitros por la comisión del delito de patrocinio ilegal .....	71
Tabla 10 Análisis de la responsabilidad penal de los árbitros por la comisión del delito de cohecho pasivo específico.....	73
Tabla 11 Análisis de la responsabilidad penal de los árbitros por la comisión del delito de cohecho activo específico.....	75

## ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1 Matriz de consistencia .....	88
Anexo 2 Ficha de análisis de contenido de la responsabilidad penal de los árbitros.....	91

## RESUMEN

La presente investigación titulada “Legalidad y legitimidad de la responsabilidad penal de los árbitros en la legislación penal peruana”, tuvo como objetivo general determinar si existe legalidad y legitimidad de la responsabilidad penal de los árbitros en la legislación penal peruana, para alcanzar dicho objetivo, la presente investigación constó de cinco capítulos: El primer capítulo está conformado por planteamiento del problema, como la formulación de los problemas y objetivos; el segundo capítulo está conformado por el marco teórico, en el que desarrollamos los antecedentes, definiciones y bases teóricas que sustentan nuestra tesis; el tercer capítulo está conformado por Marco Metodológico que aplicaremos; el cuarto capítulo, está conformado por resultados descriptivos de la investigación; el quinto capítulo posee la discusión de resultados y finalmente consta de conclusiones y recomendaciones. Existe imprecisión del C.P. sobre la condición jurídica de los árbitros y la responsabilidad penal atribuible; el art. 386, art. 384 y art. 385 hacia el árbitro de derecho para considerarlo como sujeto activo, de manera expresa el C.P. establece que el árbitro puede ser sujeto activo del delito del art. 395; si bien es cierto son delitos especiales propios, su comisión amerita que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público, guarde vínculo laboral con la administración pública, mientras que los árbitros tienen condición jurisdiccional y según el art. 139 de la C. P. no guardan relación con la administración pública, sino con la administración de justicia, por lo tanto, la responsabilidad penal de los árbitros es ilegal e ilegítimo.

**Palabra Clave:** árbitros, Legalidad, legitimidad, responsabilidad penal, administración pública.

## ABSTRACT

This research entitled "Legality and legitimacy of the criminal responsibility of public arbitrators in Peruvian criminal law", with the general objective of determining whether there is legality and legitimacy of the criminal responsibility of public arbitrators in Peruvian criminal law, to achieve This objective, the present investigation consisted of five chapters: the first chapter is made up of the presentation of the problem, as well as the formulation of the problems and objectives; the second chapter is made up of the theoretical framework, in which we develop the antecedents, definitions and theoretical bases that support our thesis; the third chapter is made up of the Methodological Framework that we apply in our research; the fourth chapter is made up of the descriptive and inferential results, as well as the hypothesis problem; the fifth chapter has the discussion of results and finally consists of conclusions and recommendations. There is imprecision in the Penal Code regarding the legal status of arbitrators and attributable criminal responsibility; Article 386 extensively applies the crimes of simple and aggravated collusion (art. 384) and illegal patronage (art. 385) towards the arbitrator of law to consider him as an active subject; likewise, the Penal Code expressly establishes that the arbitrator can be an active subject of the crime of specific passive bribery (art. 395); But, although it is true that they are special crimes of their own, their commission merits that the active subject is an official or public servant, that is, that he maintains a labor relationship with the public administration, while the arbitrators have jurisdictional status and according to article 139 of The Political Constitution is not related to the public administration, but to the administration of justice, therefore, the criminal responsibility of the arbitrators is illegal and illegitimate.

**Keywords:** arbitrators, Legality, legitimacy, criminal responsibility, public administration

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación titulada “Legalidad y legitimidad de la responsabilidad penal de los árbitros en la legislación penal peruana”, posee una justificación legal en el aporte exegético del C.P. y demás normas del ordenamiento jurídico peruano referidas al tratamiento de los árbitros y la responsabilidad penal aplicada en su contra, de esta forma pretendemos aportar una correcta interpretación de la base legal; a nivel práctico; por otro lado, la justificación práctica se centra en los resultados prácticos inmediatos que podrán traer los resultados, pues de ser favorables no amerita una reforma legislativa, sino solo una diferente definición por parte de los especialistas jurídicos sobre la base legal disponible actualmente; en mérito a ello, esta investigación tuvo como objetivo general determinar si existe legalidad y legitimidad de la responsabilidad penal de los árbitros en la legislación penal peruana.

La metodología de la investigación estuvo conformada por un nivel básico – documental; el enfoque fue cualitativo; el nivel fue descriptivo – explicativo; la técnica utilizada fue el análisis documental y el instrumento, una ficha de análisis de contenido del C.P.

Finalmente, los resultados nos permitieron determinar que existe imprecisión del C.P. sobre la condición jurídica de los árbitros y la responsabilidad penal atribuible; el art. 386, aplica extensivamente los delitos de colusión simple y agravada (art. 384) y patrocínio ilegal (art. 385) hacia el árbitro de derecho para considerarlo como sujeto activo; de igual forma, de manera expresa el C.P. establece que el árbitro puede ser sujeto activo del delito de cohecho pasivo específico (art. 395); pero, si bien es cierto son delitos especiales propios, su comisión amerita que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público, es decir, que guarde vínculo laboral con la administración pública, mientras que los árbitros tienen condición jurisdiccional y según el art. 139 de la Constitución Política no guardan relación con la administración pública, sino con la administración de justicia, por lo tanto, la responsabilidad penal de los árbitros es ilegal e ilegítimo.

# CAPÍTULO I

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### 1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En los últimos quince años el arbitraje, vigente en nuestro país desde 1996 con la entrada en vigencia de la Ley 26572 y consolidado con el D.L. 1071, se ha presentado cada vez más como dos caras de una misma moneda; o, que por sus características institucionales e instrumentales de reducción de la carga procesal y de especialización de los operadores arbitrales (libertad del árbitro para decidir sobre el fondo del asunto y mayor seguridad jurídica), como un arma de doble filo.

Por un lado, es sabido que el arbitraje es mucho más efectivo que el común proceso judicial en el sentido de que permite a las partes el ahorro de tiempo y dinero, a su vez, también presenta una mayor especialización por parte de los árbitros para resolver asuntos comerciales entre inversionistas y empresarios que, por la naturaleza de la controversia, no lo podrían obtener en la vía tradicional. La generalidad de la doctrina apoya este fundamento, por citar a algunos tenemos que Mateos López, (2003), referido a los costes del proceso arbitral menciona que:

En el proceso judicial los costes vienen dados por Honorarios judiciales, honorarios de agencias de asistencia legal mutua y abogados de la parte ganadora, así como otros honorarios legales. Por su parte, el costo del arbitraje consiste en los honorarios del árbitro, abogado y árbitro; Así como los costos de depósito de un premio y compensación al jurado.

A su turno, Peña Gonzales, (2018), menciona que el arbitraje, como medio alternativo que, permite el ahorro de tiempo y dinero, a su vez que agiliza los largos y engorrosos procesos judiciales a los que se someten las partes (p. 99).

Por otro lado, se presenta el lado negativo o la doble forma de utilizar el arbitraje por parte de los operadores de este sistema, principalmente en los



arbitrajes At Hoc en los que el Estado fue parte demandante o demandado. Se trata pues, de los supuestos “actos de corrupción” en la que “incurren” los árbitros ya sean propios de un Tribunal Arbitral o de un Arbitraje Ad Hoc. En el caso peruano, estos hechos tuvieron lugar durante el período 2006 – 2016, principalmente, pues corresponde a este período la apertura de investigaciones por parte del Ministerio Público ante la existencia de controvertidos Laudos Arbitrales que de alguna forma eran desfavorables para el Estado y que sus efectos afectaban los servicios públicos. Entre los principales acontecimientos cuestionados tenemos los Laudos Arbitrales emitidos en los procesos arbitrales en los que el Estado peruano se encontraba en disputa con la empresa Multinacional Odebrecht, (2002 – 2016), en la que fueron procesados más de 18 árbitros (entre ellos personajes y juristas muy renombrados en el derecho peruano) por el delito de Cohecho Pasivo Específico regulado en el art. 395 y bajo la supuesta “extensión de la punibilidad” a que hace referencia el art. 386 del C. P. Esto debido a que, según la revista CONNECTAS, (2019), de las 42 controversias que tuvo el Estado peruano entre los años 2002 – 2016, contra la empresa brasileña, esta última salió favorecida en 35 de estas, es decir, en un 14.7% de su total. La lista que presenta es larga, pues, de los 30 arbitrajes que tuvo el Ministerio de Transportes contra Odebrecht, solo 4 favorecieron al Perú, es decir, solo en el 1.2%, y, 26 de estas favorecieron a la empresa brasileña, es decir, el 7.8%, con este resultado, el Estado peruano tuvo que pagar US\$200.572.025.59; de los 4 arbitrajes que tuvo la empresa brasileña con Provías Nacional, las 4 favorecieron a la primera, es decir, el 100%, con este resultado el Perú tuvo que pagar US\$14,497,076.95 a favor a la constructora; por otro lado, de los 3 arbitrajes que tuvo el Programa Nacional Agua Para Todos, los 3 fueron ganados por Odebrecht, con este resultado nuestro estado tuvo que pagar US\$5,874,348.60; de igual forma, el único arbitraje que tuvo el Gobierno Regional de Ancash también lo perdió, obligado a reconocer un total de US\$43,761,704.96; finalmente, también el Estado peruano perdió el único arbitraje que tuvo por parte del Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo, en el que se obligó a pagar un total de US\$8,865,495.74.

Caso similar ocurre en el caso del Gobierno Regional de Arequipa (GRA) y la empresa ONCOSERV AREQUIPA SAC, quien en el año 2006 se hizo acreedora de la Buena Pro para prestar los servicios de imagenología – radioterapia, en el Instituto de Enfermedades Neoplásicas del Sur, el antecedente más importante de este caso lo tenemos en el olvidado Proyecto de Ley N° 4029/2014-CR, (2014), donde se menciona que:

A causa de las quejas de los usuarios, el GRA solicitó resolver el contrato de concesión con ONCOSERV. La empresa respondió solicitando la intervención de un Tribunal Arbitral para que mediante un proceso arbitral, el GRA cancele por los supuestos perjuicios ocasionados, resolución cautelar que presentó ONCOSERV, el 9 de noviembre del 2012, solicitó la retención y el pago anticipado como restablecimiento del equilibrio económico correspondiente al ejercicio del año 2011, la suma de S/ 7´192,623.00 y S/ 5´723,270.60 (p14).

Según el registro de este antecedente, el dinero retenido por parte de la Empresa ONCOSERV afectó directamente al presupuesto para el servicio público del sector salud, con el abastecimiento de medicamentos y otros, así también, se vio afectado el presupuesto para el pago de personal del sector público.

Ahora bien, el tipo penal sobre el cual el Ministerio Público elabora su imputación delictiva sobre la mayoría de los árbitros se basa en los arts. 384, Colusión siempre y agravada; art. 385, y el art. 395, Cohecho pasivo específico y el art. 398, Cohecho activo específico, pues, como menciona parte de los estudios sobre el tema, como el de Ayala, (2020), son los tipos penales que expresamente mencionan al árbitro como un sujeto que puede incurrir en los delitos contra la administración pública; y, en otros estudios, como el de Cornejo Arismendi, (2019), se podría incluso dar la posibilidad de que el árbitro incurra en algún delito contra la administración pública como el de prevaricato (p. 15 - 20).

Sin embargo, y al margen de todo lo expresado en los primeros párrafos, creemos que aquí se encuentra el error en el que ha incurrido el legislador del C.P. de 1991, pues, conforme al art. 425 del C.P.

### **Art. 425. – Funcionario o servidor público**

Frente a ello, es necesario hacer un análisis de la condición jurídica de los árbitros y determinar si realmente existe legalidad y legitimidad del derecho penal peruano para aplicar “extensivamente” la punibilidad acorde al art. 386 del C.P.

En lo particular compartimos la idea de los impulsores del Proyecto de Ley N° 4029/2014-CR y por la demás doctrina que defiende la determinación de la responsabilidad penal, no solo de los árbitros, sino de cualquier persona cuya conducta sea reprochable socialmente, o que la misma sea contraria a los intereses de la sociedad, pues responsabilizar a una persona sin una base legal aplicable nos convertiría en perfectos quebrantadores del principio de legalidad y de los demás principios acordes a la misma, frente a esto es el motivo de la investigación.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1. PROBLEMA GENERAL**

**PG.** ¿Existe legalidad y legitimidad de la responsabilidad penal de los árbitros en la legislación penal peruana?

### **1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS**

**PE1.** ¿Existe legalidad de la responsabilidad penal de los árbitros en la legislación penal peruana?

**PE2.** ¿Existe legitimidad de la extensión de la punibilidad de los en la legislación penal peruana?

### **1.3. OBJETIVOS**

#### **1.3.1. OBJETIVO GENERAL**

**OG.** Determinar si existe legalidad y legitimidad de la responsabilidad penal de los públicos en la legislación penal peruana.

#### **1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

**OE1.** Analizar si existe legalidad de la responsabilidad penal de los árbitros en la legislación penal peruana

**OE2.** Dar a conocer si existe legalidad de la extensión de la punibilidad de los árbitros en la legislación penal peruana

### **1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.4.1. JUSTIFICACIÓN LEGAL**

La justificación legal del presente estudio radica en el aporte exegético del C.P. y demás normas del ordenamiento jurídico peruano referidas al tratamiento de los árbitros y su dependencia con la administración pública, de esta forma pretendemos aportar una correcta interpretación de la base legal.

#### **1.4.2. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA**

Se concentra en los resultados prácticos inmediatos que podrán traer los resultados, pues de ser favorables no amerita una reforma legislativa, sino solo una diferente definición por parte de los especialistas jurídicos sobre la base legal disponible actualmente.

#### **1.4.3. JUSTIFICACIÓN DOCTRINARIA**

Con este estudio también pretendemos aportar al conocimiento o doctrina que ya existe sobre el arbitraje, pero, nos centraremos más a darle el enfoque que esta investigación adopta.

#### **1.4.4. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA**

La justificación metodológica del estudio radica en que con el desarrollo de la misma nos esforzamos por crear un instrumento de acumulación de datos que pueda servir como herramienta para futuros estudios con parecido enfoque y objetivos, ello con la finalidad de facilitar y agilizar los resultados favorables para la sociedad y para el derecho.

#### **1.4.5. JUSTIFICACIÓN INSTITUCIONAL**

Se encuentran en los beneficios interpretativos y aplicativos que traerán los resultados para los operadores del sistema jurídico, tales como fiscales, jueces y abogados, con la única intención de agilizar el proceso judicial con la rápida aplicación del derecho.

#### **1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN**

El desarrollo del actual estudio no mostró limitaciones reveladoras, pues todo el desarrollo no ameritó la concurrencia a alguna institución o entidad para recolectar algún dato para la investigación, pues todo el desarrollo será propio del C.P. y de la base legal ya disponible.

#### **1.6. VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN**

Esta investigación es posible porque disponemos de todos los recursos humanos y materiales y financieros y bibliográficos disponibles, debido a que no tuvimos complicaciones en ese ámbito; por otro lado, también contamos con el apoyo del Dr. Fernando Corcino Berrueta como asesor de esta investigación, ello permitió cubrir los vacíos metodológicos y académicos dentro del transcurso de la investigación.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

Cuando se revisaron los archivos institucionales de las universidades nacionales, como la UNHEVAL y la UDH, se encontró referencias escasas, sin embargo, adjuntamos las posibles.

##### **2.1.1. ANTECEDENTES A NIVEL INTERNACIONAL**

En Madrid, España, Gonzales Soria & Moreno de la Santa, (2015), en su investigación titulada “Las responsabilidades de los árbitros”, se tiene que El objetivo de este art., que se basa en gran medida en un estudio jurídico de las principales decisiones que interpretaron las leyes de arbitraje de 1953, 1988 y 2003, incluida la reforma de 2011; Con el apoyo de la mejor doctrina científica, es el establecimiento de un marco ordenado a través del cual se precisen visiblemente las responsabilidades de los árbitros -y de manera complementaria a las instituciones permanentes de arbitraje-, y se determine y comprenda la razón de ser de las mismas y lo que se requiere es típico, y una parte de los factores deben ser idénticos para que la responsabilidad pase de lo abstracto a lo concreto. De igual forma, este art. ahonda en la realidad del arbitraje, destaca los delitos que los árbitros deben vigilar, y también propone soluciones para desarrollar la labor distintiva del arbitraje, que ha traspasado la línea roja. Para ello, desde un principio, el autor ha delimitado y delimitado conceptual y operativamente cinco tipos distintos de responsabilidad (penal, civil, especial, administrativa, societaria y societaria). Requerido para el desempeño de sus funciones. Luego se centró en la responsabilidad civil, y el análisis de las obligaciones que debe asumir el árbitro se puede traducir en una responsabilidad similar, a través del tema general del arbitraje, distinguiendo tres tiempos principales: obligaciones antes de la aceptación; Después de la aceptación y después de que se emita el premio. Ello le llevó a interpretar cada una de estas obligaciones a la luz de la Ley 60/2003 y desde una

rica perspectiva jurídica, presidida por la sentencia núm. 429/2009 del Tribunal Supremo, Sección 1ª, Civil, de 22 de junio de 2009, para señalar sus respectivas limitaciones y las acciones ejercidas contra ellas pueden llegar a ser competencia del árbitro, y centrarse en los casos más difíciles, por su complejidad o menor especificidad, que pueden surgir en el arbitraje.

En Babahoyo, Ecuador, Silvia Mera, (2014), en su tesis titulada “Reforma al capítulo VI artículo 277 numeral 1 del C.P. que manifiesta sobre el prevaricato por parte de los jueces de derechos, árbitros juris, que por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de un particular, fallare contra la ley expresa o procedieren penalmente contra alguno, conociendo que no lo merece tendrá una sanción de 1 a 5 años de prisión; ampliar esta infracción a los prevaricadores y autoridad o terceras personas que cometan este delito, se incremente la pena a 16 años de reclusión mayor extraordinaria” tuvo como El objetivo general es determinar el beneficio que obtendríamos al aumentar la sentencia a 16 años de prisión privativa para un tercero o autoridad que haya cometido el delito de prevaricato. Para ello utilizó el método histórico, el estadístico y el deductivo, el tipo fue descriptiva explicativa; por 830 abogados y por 9000 ciudadanos y, la muestra estuvo conformado por 384 personas a encuestar y 352 abogados a encuestar, finalmente, concluyeron que en la ciudad de Babahoyo se confirmó un primer caso de incidente, hecho que destruyó la ciudad, pero muchas personas fueron sancionadas, pero también algunas personas quedaron impunes y no existe orden sancionadora, respecto a los daños a la ciudad. Provocar públicamente o ante una particular prueba el desenlace de un delito, hecho que sustentaría la certeza de la necesidad del fraude en la entrevista anterior. En todos los casos, al cometer sadismo, no siempre es necesario probar que existe afecto o resentimiento con alguien para constituir sadismo, sino que sólo es necesario probar que es perjudicial para el interés o beneficio público, personal. . No es necesario mostrar afecto o resentimiento.

## **2.1.2. ANTECEDENTES A NIVEL NACIONAL**

En Cusco, Zúñiga Arredondo, (2017), en su tesis titulada “Determinación de la responsabilidad penal de los árbitros por la comisión de actos de corrupción en arbitrajes Ad Hoc en el Perú”, se tiene que la pregunta que se plantea es ¿cuál es el indicador que muestra la responsabilidad penal de los árbitros por prácticas corruptas en el arbitraje privado en el país? La premisa central advierte que existen indicios de hecho y de derecho por prácticas corruptas en arbitrajes privados del país. Se divide en los quintos capítulos: en el primer capítulo se presentan los temas principales y secundarios, formulación del problema, argumentos y objetivos generales y específicos de la investigación. En el segundo capítulo, desarrollamos un marco teórico en el que tenemos los antecedentes de la investigación, fundamento teórico, en los que separamos las principales características involucradas. El tercer capítulo presenta las hipótesis generales y específicas, la individualización y su funcionamiento. Luego presentamos la metodología, clasificación y esquema de la encuesta, para luego presentar los resultados y discutimos los procedimientos arbitrales en el Perú, analizamos el caso determinando la responsabilidad penal de los árbitros especiales en el Perú, y la percepción de los abogados y funcionarios de la República del Perú. Responsabilidad penal de los árbitros privados, responsabilidad penal en derecho comparado y responsabilidad penal de los árbitros en ejercicio de la abogacía de un país. Finalmente se llega a la conclusión, la conclusión principal es la corrupción en nuestro país se ha incrementado como un virus que se propaga en todas las operaciones de contratación pública en las que interviene el estado peruano y debe rendir cuentas por prácticas corruptas, especialmente a quienes tratan de intereses o controversias entre las partes cuya atención sea requerida por la ley penal, permitiendo un proceso de prueba en el ejercicio de la abogacía. Valores y principios de práctica para normalizar la ética del servicio público.



En Lima, Marínez Calle, (2016), en su tesis titulada “La fiscalización de la función arbitral respecto a la Responsabilidad de los árbitros”, tuvo como propósito el seguimiento y supervisión de los órganos arbitrales, como los árbitros y las instituciones de arbitraje. El objetivo es determinar el valor de ejecutar el control sobre la función arbitral, centrándose en la responsabilidad que tienen los árbitros en su trabajo. Se entrevistó a expertos en derecho arbitral, que ocupan cargos como árbitros en instituciones arbitrales como la Cámara de Comercio, OSCE, correspondiente al área metropolitana de Lima. La muestra estudiada incluye 05 expertos, quienes realizarán una entrevista en profundidad para la recolección de datos. Las entrevistas con expertos se realizan con el fin de obtener opiniones de expertos sobre el tema, que pueden dar respuestas específicas, pertinentes y adecuadas a la audiencia y contribuir al enriquecimiento del programa de trabajo investigación. Afortunadamente esto se logró, y así los objetivos propuestos en mi investigación han demostrado ser válidos y aplicables en nuestra práctica jurídica.

### **2.1.3. ANTECEDENTES A NIVEL LOCAL**

En la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Campos de la Rosa, (2017), en su tesis titulada “El delito de prevaricato y la responsabilidad penal del árbitro en las contrataciones con el Estado de la Región Huánuco”, Su propósito es determinar los componentes de un delito de primer grado que inciden en la determinación de una responsabilidad punitiva por parte de los árbitros en los contratos con el estado de Huánuco. Para incorporar el control punitivo del árbitro. Para ello se propuso reformar el C.P., obteniendo así una mayor garantía de la real y correcta actuación de los árbitros en esta materia; Por ello, el Congreso de la República presentó una propuesta para reformar el art. 418 del C.P., con el fin de mejorarlo y aplicarlo a los que imparten justicia y árbitros que fueron elogiados en los contratos con el Estado. El método de investigación es un diseño cuantitativo, no experimental e incidental del ejercicio económico 2015. El instrumento utilizado es A la unidad de

análisis se le aplica un cuestionario y una escala de actitudes (escala Likert). Los resultados muestran: resultados de 855 datos extraídos (100%), A- total 59% (507), B- significativamente 23% (196), C- en cierta medida 11% (98) y D- en pequeña medida 4 % (37); Indica que en el caso de un efecto positivo entre “los resultados de determinar los elementos de 'superación del delito' en la conducta, actitud y capacidad del árbitro” y la reducción de la “responsabilidad penal del árbitro”, los activos “en contratos con el estado de la región Huánuco”, mientras que el 2% (17) es e -Ninguno.

## **2.2. BASES TEÓRICAS**

### **2.2.1. EL ARBITRAJE**

El arbitraje es una institución jurídica presente desde tiempos remotos en las relaciones interpersonales; desde antaño, su aplicación siempre se ha centrado en la resolución de conflictos de carácter patrimonial, dejando de lado el conocimiento de materias penales.

Es sabido que por su naturaleza se adecúa a los medios heterocompositivos de resolución de conflictos, esto debido a que, para su resolución, amerita la participación de un tercero especialista, experto en ciertos conocimientos altamente especializados para la solución del conflicto; este tercero es el árbitro.

Sobre su desarrollo histórico, según Zappala (como se citó en Pisfil Chafloque, 2017), el arbitraje remonta sus inicios a la Grecia del año 520, en los consejos de la unión de ciudades y pueblos dentro de la esfera de influencia política y militar de Atenas.; así como el encargo a un tercero conocido como ciudad neutral cuando las ciudades – Estado se encontraban en conflicto; este instituto se desarrolló más en Roma, en cuyas XII Tablas concedía firmeza y obligatoriedad a los acuerdos entre individuos a contienda; sin embargo, su impulso más amplio a nivel internacional puede deber su inicio a la época de la ilustración en el año de 1789 (p. 44).

Como toda rama de la ciencia y el conocimiento, esta disciplina retrasó su desarrollo durante la época medieval, cuyas enmiendas o modificaciones datan del 2006; y en el Perú, la DLA, D.L. que Norma el Arbitraje vigente desde el 2008, a ello se le sumando diversos convenios dirigidos a proteger, directa o indirectamente el mismo, como son el Convenio contra la Corrupción de 1991.

### **2.2.2. ETIMOLOGÍA**

Etimológicamente el término de arbitraje proviene del latín arbitrare entendido como un medio para solucionar conflictos de intereses y como facultad de arbitrar, es decir, de decidir, que por extensión deriva en la participación de un tercero, quien con conocimientos especializados decide sobre el fondo del asunto, con conocimiento y técnica.

#### **➤ Definición**

Sobre su definición, Jarrosson (como se citó en Esparza y J Muñoz, 2016), esta esta una institución mediante la cual existe un tercero con facultades resolutivas de la diferencias o conflictos entre dos o más partes, mediante esta actividad, el tercero hace efectivo el ejercicio jurisdiccional que se le ha encargado (p. 30). Durante toda la historia del arbitraje, siempre existió la participación de un tercer en la resolución, a este se le atribuían facultades decisorias, facultades de finalizar el conflicto con una decisión objetiva y justa que él crea conveniente de acuerdo a cada caso concreto.

Como se ha mencionado, el arbitraje se dirige a resolver controversias, de ello deriva que funciona como un medio alternativo de resolución de conflictos, y esto porque actúa como un mecanismo independiente y aparte el del fueron jurisdiccional.

### **2.2.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE**

En esta parte del trabajo analizaremos las fuentes teóricas que sustentan el arbitraje a nivel dogmático.

El arbitraje responde al entendimiento que existe sobre su esencia, su tratamiento en el Derecho, así como su posición dentro del ordenamiento jurídico.

Esta institución deriva los efectos jurídicos aplicables a los mismos. Sobre este existen tres principales teorías, la contractualista, la jurisdiccional y la ecléctica, cada una con particulares únicas.

### **2.2.3.1. TEORÍA CONTRACTUALISTA**

Según Ledesma Narváez, (2010), para esta teoría el arbitraje aparece de un acuerdo entre las partes. El acuerdo arbitral (entendido como la voluntad de las partes de someter sus disputas a arbitraje) nace de un contrato, con todos los requisitos que ameritan su desarrollo. (p. 30),

Atendiendo a la definición dada por la autora, entonces, debe entenderse que el arbitraje surgiría de un acto de voluntad libre de vicios, que a su vez posea a sujetos capaces jurídicamente y, que el objeto y la finalidad de dicho convenio sea acorde a la disposición pública y a las buenas costumbres. Es decir, conforme la descripción teórica, este convenio debe someterse a los presupuestos de validez de un contrato.

Sin embargo, según lo regulado en el art. 13 del D.L. que norma el arbitraje N° 1071, el convenio arbitral puede ser por escrito o no, en ese supuesto, conforme a la Teoría Contractualista, el arbitraje nacería sí de un contrato, pero este último tendría un carácter ad solemnitatem.

Se sostiene la naturaleza contractual del arbitraje por tener un origen de las partes y no en una concesión del Estado, en mérito a esta teoría se brinda más flexibilidad a las partes para que puedan decidir sobre el conjunto de procedimientos y pasos que guiarán el desarrollo del arbitraje, así como las condiciones y plazos que se puedan establecer en el mismo.

Según Merlín, (como se citó en Esparza y J Muñoz, 2016):

Es el acuerdo e arbitraje el que da su existencia, es a partir del acuerdo arbitral que deriva toda sus sentencias; tiene, luego con el acuerdo arbitral la naturaleza de un contrato y la verdad es que solamente la ejecución de un mandato que las partes encargan a los árbitros (p. 47)

### **2.2.3.2. TEORÍA JURISDICCIONAL**

La Teoría jurisdiccionalista presenta dos enfoques, la primera de ellas es la de considerar al arbitraje como una institución jurisdiccional propiamente dicha y la segunda, de considerar a la jurisdiccionalidad como una institución subsidiaria del arbitraje (Ledesma Narváez, 2010, pág. 32).

Siguiendo a Ledesma Narváez, (2010), tenemos que autores como Morello y Santos Balandro sostienen que la institución en estudio tiene carácter jurisdiccional a razón de que la eficacia de esta figura no se somete a lo que las partes decidan crear una cláusula de someter o direccionar la resolución del conflicto para que sea resuelto por un árbitro; por otro lado, sostienen que el convenio arbitral autoriza a los árbitros a actuar conforme a la ley como si fueran tribunales estatales, sin separar el arbitraje del procedimiento ordinario en cuanto el presupuesto del árbitro se extienda al primer procedimiento. (pp. 32 - 33).

Hasta aquí, la doctrina no diferenciaría entre uno y otro tipo de procesos, más por el contrario subsume el arbitraje dentro del Jurisdiccional por el hecho de que el primero tiene rasgos y características que los legisladores adoptaron y adaptaron de acuerdo a las circunstancias de cada ordenamiento.

Pero este segundo (el arbitraje) actuaría como subsidiario de la primera, así, por ejemplo, de acuerdo a nuestra legislación peruana, el Laudo Arbitral conforme al art. 68 del D.L. 1071 que

Norma el Arbitraje amerita que este pueda ser ejecutado judicialmente, en cuyo caso la parte interesada tendrá que recurrir a los art.s 665 y siguientes del C.P.C para hacer efectivo ya el derecho declarado en sede arbitral.

De igual forma, conforme a lo regulado en el art. 62 y 63 D.L. 1071 que Norma el Arbitraje el Laudo Arbitral cuya decisión no satisface sus intereses o que pueda hallar un defecto al debido proceso, puede solicitar la anulación de dicho laudo, para cual ameritará la participación de una instancia judicial en ello.

Por otro lado, la autora nos menciona que la doctrina que sostiene la naturaleza jurisdiccionalita del arbitraje se basa en las formas jurídicos, esto es, de cosa juzgada (Ledesma Narváez, 2010, p. 33). Sin embargo, a nuestro entender, si adoptamos esta posición sería admitir, por ejemplo, que el instituto jurídico en la Ley N° 26872 también sería una institución jurisdiccional porque simplemente el art. 18.

Sin embargo, conforme establece el art. 139 de la Constitución Política del Estado, se debe entender que el arbitraje sí es una institución jurisdiccional, independiente de la tradicional en el proceso, pero dependiente para efectos de ejecutar el fallo contenido en el Laudo Arbitral.

### **2.2.3.3. TEORÍA ECLÉCTICA**

Esta es la tercera teoría la cual busca conciliar las dos primeras, de interpretar y juntar sus principios y características para interpretar de una forma diferente el arbitraje, en el sentido de que tiene característica jurisdiccional y contractual.

Según Esparza y J Muñoz, (2016), tal vez el máximo representante de esta teoría es Sauser – Hall, quien en su momento reconocía que el arbitraje tenía su fuente en un contrato, pero que existían elementos jurisdiccionales determinados por los Estados

que regulaban la validez de la cláusula arbitral, la arbitrariedad de la controversia y el reconocimiento y ejecución del laudo (p. 47).

Citando a Ledesma Narváez, (2010) la teoría ecléctica posee una unificación de las dos anteriores, para los que defienden esta teoría “el arbitraje es una institución de naturaleza contractual, en su origen, pero jurisdiccional en sus efectos”. (p. 36)

Estas teorías también tienen como máximos defensores a Carnelutti y Prieto Castro, para quienes el arbitraje es una jurisdicción equivalente que puede alcanzar el objeto que la jurisdicción civil, (Pisfil Chafloque, 2017, p. 108). El fundamento de esta teoría es que el arbitraje, es, por un lado, el producto de una actividad jurisdiccional, pues se regula como una institución independiente de la vía judicial común.

Para finalizar, cabe sostener que conforme a lo mencionado en último párrafo del numeral anterior, nuestra legislación adopta la Teoría Jurisdiccionalista por disposición expresa, pero esto no sobre la naturaleza del laudo arbitral (Cosa Juzgada), sino por considerar como vía jurisdiccional excepcional al arbitraje.

Ahora, debe tenerse en cuenta que, al menos en la legislación peruana, el arbitraje es considerado como una institución independiente y una jurisdicción, así lo establece el art. 139 de la C. P. E., al sostener que el arbitraje es una vía judicial independiente y excepcional al del fuero judicial común; a parte de ello, si bien existe una Ley del Arbitraje y el D.L. N° 1071, estos se entienden como de aplicación supletoria al proceso arbitral, pues, como es sabido, “las reglas del juego” dentro del proceso arbitral se aplican y regula por lo establecido en el Acta de Instalación de cada proceso.

Así, las reglas, los plazos, modos y parámetros a los que deben someterse cada una de las partes, con inclusión del tribunal arbitral, así como los de sus secretarios y de las mismas partes, se

somete a este, al Acta de Instalación. Debido a ello es que se sostiene que el arbitraje posee un carácter mixto, es decir, de un acto jurisdiccional y contractual a la vez.

En el desarrollo restante de este trabajo tendremos en cuenta estas disposiciones y redactaremos el contenido de acuerdo a lo normado en la legislación peruana.

#### **2.2.4. LA NATURALEZA JURÍDICA Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ÁRBITROS**

La responsabilidad penal de los árbitros se relaciona mucho con la interpretación de la naturaleza jurídica del mismo, como se visto precedentemente existen tres teorías, pero, la que obtiene aceptación por los Estados es la mixta, la de carácter cuasi jurisdiccional. Ahora, los Estados son independientes de regular la misma en los dispositivos que crean conveniente.

Ahora, el Tribunal Constitucional sobre la naturaleza jurídica se ha pronunciado en el Caso Fernando Cantuarias Salaverry (2005), del 28 de febrero del 2006, y ha reconocido que:

El art. 139°, inciso 1 de la Constitución Política de 1993, Reconoce la naturaleza especial de la jurisdicción arbitral, que actualmente otorga a los demandantes el derecho de apelar ante un tribunal estatal en busca de justicia, pero también ante un tribunal especial. (p. 08)

El tribunal ha establecido también que el reconocimiento constitucional de estos fueros arbitrales, como el arbitral, no afecta ni perjudica ya que está regulado en el inciso 2 del art. 2 de la Constitución de 1993, siempre que se asegure el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

En la misma sentencia, la Corte Constitucional reconoció la unidad de la controversia entre las partes, de resolver la controversia y la intervención del Estado a través del Poder Judicial, como tercero neutral y ejecutor de la ley. Por tanto se vinculan a las normas y principios



constitucionales de forma que resuelven el problema. Similar a las decisiones de la Corte Constitucional (p. 09).

En el caso de Perú es particular, pues es la única Constitución Política que regula el arbitraje a nivel constitucional, en específico en el art. 139 de su texto legal referido a las funciones y fines del Poder Judicial, en dicho texto establece que el encargado de ejercer las funciones jurisdiccionales en el Poder Judicial, pero, esta facultad se extiende al fuero arbitral y militar.

En otros ordenamientos no ocurre de esa manera, como es el caso por ejemplo de Chile, en cuyo art. 76 de su Constitución Política establece que “la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley” (Constitución Política de Chile, 2005, p. 161) se aprecia que solo menciona una extensión a la ley, la ley regulará los tribunales que puedan conocer estos casos, pero no establece que existe un fuero arbitral.

De igual forma, el art. 108 de la Constitución Política de Argentina señala que “El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación” (Constitución de la Nación de Argentina, 1994, p. 22) de igual forma, no establece de manera expresa la atribución de fuero independiente del arbitraje.

Como un ejemplo adicional, es el caso del art. 228 de la Constitución Política de Colombia, el cual establece que “La administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencias y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo” (Constitución Política de Colombia, 1991, p. 76), en tal art. tampoco se observa alguna expresión concreta sobre la

consideración del fuero arbitral como jurisdicción aparte del Poder Judicial.

Esto se repite en los demás países de nuestro continente, y han optado por regular el arbitraje solo en leyes especiales, y en cuyos países sí podría considerarse este como un dispositivo alternativo de resolución de controversias.

En el caso de España el entendimiento es diferente. Así, Manresa y Navarro (como se citó en Etxeberria Guridi, 2020):

Los árbitros y los amigables componedores, Aunque se les asigne un negocio especial, la selección de los propios opositores, tienen poder real para conocer las materias en que están sujetos a juicio; Por eso nuestras leyes les dan siempre la condición y el nombre de jueces, y han declarado aplicables a los mismos las disposiciones relativas a los delitos de prevaricaciones, cohecho y exacciones legales (p. 45).

Para poder regular la sanción penal de los árbitros, se ha entendido la naturaleza jurídica de este, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que, según la SSTC 62/1991, de 22 de marzo (Etxeberria Guridi, 2020, p. 18), todo ello ha llevado a entender una equiparación o equivalencia del árbitro con los jueces, por ejercer una función cuasi jurisdiccional que consiste en la facultad de administrar justicia sobre casos que le son competentes, aunque esta decisión este sometida a un control posterior por el proceso ordinario, lo cierto es que pueden emitir decisiones de fondo.

Entonces, para entender este punto, por lo menos en España existe una interpretación de la naturaleza del arbitraje como una institución cuasi jurisdiccional, y que como consecuencia de que los árbitros pueden emitir decisiones sobre casos concretos, a estos se les puede hacer extensivo la aplicación de la responsabilidad penal.

En todo caso, como se dijo, si se atribuye responsabilidad penal al árbitro esta responde al principio de legalidad. Así, como el caso de

España, El legislador, como vemos, sigue la idoneidad general del trabajo desempeñado por el árbitro para acomodarlo en la autoridad competente o servidor público, quien reconoce, según la jurisprudencia legal, la revisión del contrato no es suficiente para establecer el fenómeno del arbitraje y debe ir más allá de su origen contractual, por la naturaleza del contrato. Sus procedimientos habituales hablan del carácter público del tribunal arbitral y, por tanto, de la función pública que desempeña el árbitro. (González Soria, 2015, p. 45)

#### **2.2.4.1. PRINCIPIOS DEL ARBITRAJE**

Como toda rama del derecho, los principios funcionan como verbos rectores para la aplicación del mismo, funcionan como límites, como parámetros y como guías de actuación de las partes y de las autoridades que tengan facultad para decidir sobre el fondo del asunto. El arbitraje también posee principios, los cuales demuestran total particularidad respecto de otras ramas del derecho.

En el presente subcapítulo desarrollaremos los principios más relacionados con la identificación de la responsabilidad penal del árbitro.

#### **2.2.4.2. EL PRINCIPIO DEL KOMPETENZ – KOMPETENZ**

Este puede ser entendido como el segundo principio rector del arbitraje. Decimos el segundo debido a que antes de este sea efectivo, tiene como esencia declarar que el convenio arbitral declarado por las partes es independiente del documento que lo contiene, o del contrato principal, a razón de, si se declara que el contrato principal es nulo, si una de las partes solicita la nulidad del contrato arbitral, esta nulidad debe ser evaluada por un Tribunal Arbitral, pues el convenio arbitral sigue vigente.

En tal sentido, una vez que se determine la independencia del convenio arbitral, el Tribunal o arbitro puede conocer de dicho caso, he aquí donde se hace efectivo.

Esta comprendido como el poder que tienen los árbitros en un tema determinado lo que conlleva la limitación de los tribunales judiciales de examinar la jurisdicción en el caso concreto y de manera exhaustiva antes que los árbitros (Esparza y J Muñoz, 2016, p. 104).

De ahí que se debe entender que este principio funciona como una garantía para que los tribunales arbitrales o los árbitros puedan conocer los conflictos que puedan surgir entre partes han decidido someter a arbitraje y no a la vía ordinaria. Y a su vez, para que ninguna autoridad judicial pueda suspender la actividad arbitral o la posibilidad de que estos tribunales conozcan las materias decididas por las partes.

#### **2.2.4.3. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE VOLUNTAD Y JURISDICCIÓN ARBITRAL**

Una de las referencias más completas sobre el desarrollo de los principios del arbitraje en la legislación peruana es el trabajo de recopilación de Del Águila Ruiz de Somocurcio, (2011), quien adjunta el Ex. N° 6167-2005-PHC/TC – Lima, en cuyos fundamentos 1.3 desarrolla los parámetros de control judicial de las actuaciones arbitrales, entre ellos cita dos principios muy importantes, los cuales pasaremos a desarrollar a continuación (20-21)

Conforme a esta Sentencia, el convenio arbitral presentaría un carácter contractual, esto de acuerdo al análisis del art. 9 de la L. G. A. N° 26572, el cual establece que el convenio arbitral “es el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial” (p. 20).

En este contexto, la misma sentencia menciona que, en el marco de la jurisdicción arbitral, el contrato presenta dos vertientes:

una negativa y otra positiva, la primera de ellas, en el sentido de que permite a las partes “crear, modificar o extinguir sus relaciones jurídicas” (p. 20); por otro lado, la positiva:

En razón de que la característica autónoma, del instituto del arbitraje, equivale a otorgar facultades a los particulares para sustraer las pretensiones del ámbito jurisdiccional del Estado las que tienen naturaleza de ser de libre disposición, para que estas sean conocidas por el fuero arbitral, en mérito a su consideración jurisdiccional (Del Águila Ruiz de Somocurcio, 2011, pág. 22).

En resumen, este principio del derecho arbitral manifiesta que debe ser analizada por la propia jurisdicción arbitral, siempre teniendo en cuenta los requisitos de buena fe.

#### **2.2.4.4. PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD**

Conforme menciona Del Águila Ruiz de Somocurcio, (2011), citando a la sentencia en comentario:

Es un principio que nace como efecto directo de la existencia del Estado de Derecho y democrático, reconocedor de la constitucionalidad y protector de los derechos fundamentales incorporado en la constitución; se encuentra reconocido en la constitución, este obliga a cualquier particular y a cualquier persona a respetar los parámetros establecidos en la carta magna; estos derechos se hacen efectivos, de tal forma, si cualquier proceso o procedimiento no se adecúa al mismo, entonces el procedimiento será nulo todo lo actuado que impida o limite a la persona la actuación de sus derechos, así lo reconoce el art. 31 de la Constitución Política (p. 21).

Ateniendo a ello, entonces, debemos tener presente que la interdicción de la arbitrariedad supone que esta institución y los operadores que la ejercen deben de tener presente todos y cada uno de los preceptos constitucionales del debido proceso y otros

derechos fundamentales, lo contrario sería convertir en una institución independiente y libre control gubernamental y constitucional.

Este principio actúa como una garantía para el debido proceso arbitral; bajo esta premisa, los árbitros se encuentran obligados a respetar, en primer lugar, el acuerdo de las partes plasmado en el Acta de Instalación arbitral, es decir, el documento en el cual las partes establecen las condiciones sobre las cuales se va a desarrollar el procedimiento arbitral. Y, en segundo lugar, si no hubiere acuerdo expreso sobre algún aspecto en específico en el Acta, estos están obligados a respetar las normas supletorias, es decir, la Ley del Arbitraje y el D.L. N° 1071.

Todo ello, en mérito a la protección del debido proceso por parte de los árbitros, ya que ellos son los responsables directos de la protección de las condiciones del proceso.

#### **2.2.4.5. REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ**

Uno de los trabajos más completos sobre el desarrollo de la regulación del arbitraje en el Perú es el realizado por Vidal Ramírez, (2003), quien en su “Manual de Derecho Arbitral” demuestra que es como una institución de resolución de problemas es aplicable en el Perú desde 1839, pues fue desde este año que fue reconocida en el art. 164 de la Constitución Política del mismo año, en el cual se establecía que “ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros” (p.15).

Seguidamente, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 lo reguló como un Juicio Arbitral y que para poder acceder a él era necesario la preexistencia de una cláusula compromisoria en el acto constitutivo del contrato (p. 15).

Ya con la entrada en vigencia de la Constitución Política del Estado de 1979 el arbitraje fue regulado como una institución

jurisdiccional, pero no perdió la naturaleza que hasta la fecha estuvo construyendo. Menciona el autor que con la vigencia del Código Civil de 1984 se continuó con la regulación del Juicio Arbitral (p. 16).

En fechas más reciente, se regula el arbitraje en el numeral 1 del art. 139 de su cuerpo normativo, y la considera como una institución de carácter jurisdiccional, y que su regulación se da por ley especial.

La Ley General de Arbitraje estuvo vigente hasta el 28/06/2008, el D.L. N° 1071 “D.L. que Norma el Arbitraje”, en cuyo marco normativo se regula más ampliamente y con más tecnicismo las particularidades que este instituto jurídico presenta.

#### **2.2.4.6. LOS ÁRBITROS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

En nuestra legislación, es decir, en el D.L. N° 1071 “D.L. que Norma el Arbitraje”, se regula entre los arts. 19 al 31, criterios tales como al número de árbitros, la capacidad, la incompatibilidad, el nombramiento de los árbitros, hasta la responsabilidad por daños y perjuicios en la que podrían incurrir.

Sin embargo, para interés de la reciente investigación nos concentraremos hacia las disposiciones externas de la Ley, pues no pretendemos hacer una descripción de las características que atribuye la Ley que norma el arbitraje sobre los mismos, sino que buscamos expresar a la interrogación de si los árbitros son o no funcionarios públicos para poder fundamentar la responsabilidad penal que atribuye nuestro sistema al amparo del principio de legalidad, cosa que no será posible encontrarlo dentro de este marco normativo.

Sumado a ello, tenemos que la doctrina referente al tema siempre se reduce a definir el significado de “árbitro”, por citar algunos tenemos que Ledesma Narváez, (2010), sostiene que los árbitros:

“Son personas a quienes las partes encomiendan, de común acuerdo, la resolución de un conflicto. Son a quienes las partes confieren la potestad de decidir la Litis y pueden ser personas naturales o jurídicas, o una institución arbitral” (p. 68).

De igual forma, Matheus López, (2009), menciona que el árbitro es cualquier persona que cumpla con los requisitos para tal y en repleto instrucción de sus derechos civiles, resuelve y conduce la resolución de controversias disponibles establecidas en el convenio arbitral (p. 29).

Estas definiciones sirven para tener claro qué es un árbitro conforme a la legislación de la materia, pero, no puede estar más alejada de ofrecer una idea de la situación o naturaleza jurídica.

#### **2.2.4.7. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS**

Principio que regulan la condición del árbitro es la independencia e imparcialidad; son conceptos independientes, pero relacionados ampliamente entre sí. La independencia se refiere a la autonomía del árbitro para tomar decisiones según el estudio de cada caso, no depende de ninguna otra persona emitir su decisión; por otro lado, la imparcialidad de los árbitros hace referencia al deber que este tiene para no relacionarse con ninguna de las partes, ni directa ni indirectamente.

La independencia del árbitro es a veces concebida objetivamente; mientras que La prueba de imparcialidad es subjetiva porque trata con el estado mental real, que es el factor determinante en el comportamiento del juicio. Sin embargo, es objetivo determinar con certeza si una persona razonable vería este estado mental como un prejuicio o si tendría un temor razonable de hacerlo por algún medio externo. (Bermúdez Tapia, 2016, p. 41).



Estos elementos son porque guían y dirigen las etapas y procedimientos del mismo, en el sentido de que el árbitro no debe tener ninguna relación, vínculo o compromiso con alguna de las partes, pues como es sabido, cualquier parcialidad trae como consecuencia la modificación en la decisión de fondo del asunto.

#### **2.2.4.8. CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS ÁRBITROS DE DERECHO**

Para la determinación de la condición o situación jurídica de los árbitros debemos remitirnos a las normas emitidas en el (OSCE), del marco de la vigente regulación, debemos remitirnos a su Directiva N° 006-2020-OSCE/CD “Directiva del Registro Nacional de Árbitros” del (OSCE), (2019).

Cabe señalar, entonces, que los árbitros desempeñan una oficio de predisposición, de conveniencia, y esto, no los comprende intrínsecamente en la carrera administrativa, pues no mantienen una relación de dependencia o de subordinación con una entidad del Estado; tampoco es un cargo político y ni confianza, por la obviedad de su naturaleza, hecho que tampoco debe permitir subsumir a los árbitros dentro del numeral 2 del art. 425 del C.P.; por otro lado, tampoco mantiene vínculo laboral ni contractual con ninguna entidad del Estado, por lo tanto no puede formar parte de los supuestos del numeral 3 del mencionado art.; y tampoco dentro del numeral 6, por el hecho de que estos no desempeñan cargos en nombre del Estado.

#### **2.2.4.9. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ÁRBITRO**

La responsabilidad penal del árbitro se somete, como es de esperar, al respeto irrestricto, como una garantía de sometimiento al Estado de Derecho y Democrático, en el que se limita la potestad sancionadora del Estado solo al conocimiento de conductas que existan en una ley previa, expresa y clara que regule la conducta delictiva como tal.

Sobre la relación entre el arbitraje y el derecho y la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a los árbitros o instituciones arbitrales, Mourre Alexis (como se citó en Etxeberria Guridi, 2020) señala que aparentemente el arbitraje y el Derecho Penal habitan en dos planetas distantes entre sí cuyas trayectorias parece que no han de cruzarse nunca. El Derecho Penal, se centra en limitar la autonomía de la voluntad privada por consideraciones al interés general y representa el núcleo del derecho imperativo del Estado (p. 13).

Sin embargo, pese a su notable distinta aplicación en el Derecho por la aparente regulación independiente sobre la vida humana, y en términos del autor citado, resulta incuestionable que las normas del derecho penal tengan impacto y alcances a las actividades del procedimiento arbitral así como a los operadores de la misma cuando así lo requiera la sociedad o el interés general.

En tal sentido, todo ordenamiento que regule la responsabilidad penal de los árbitros debe atender al principio de legalidad, aunque, si bien es cierto existe una aparente independencia del arbitraje con el Derecho Penal, en términos de Etxeberria Guridi, (2020), es cuestión de tiempo para que gran parte de los ordenamientos jurídico penales tipifiquen conductas que alcances penalmente a los árbitros:

Aunque dicha responsabilidad criminal esté igualmente subordinada por la condición de tipos delictivos especiales propios, no cabe ninguna duda de que esta limitación se verá contrarrestada por la proliferación del arbitraje como mecanismo alternativo de la resolución judicial de conflictos (p. 14).

Ahora, la regulación penal de la responsabilidad de los árbitros se centra justo en lo citado en el párrafo anterior, esto es, en su rol protagónico como operador o condición de juez de resoluciones judiciales de conflictos, aunque este no debe ser entendido en

sentido estricto, pues, como se ha visto en el subcapítulo correspondiente, se ha determinado que este es cuasi jurisdiccional, tal como lo refiere el art. 139 de la Constitución Política del Estado.

En términos de Malgorazta Jusdikiewicz, (2020), los actos sobre los que sí podría tener responsabilidad penal el árbitro son por Fraude por colusión entre árbitro y parte, cohecho e influencia en la negociación, o utilización de árbitros ficticios para la realización de operaciones de blanqueo de capitales. Código de Procedimiento Penal siempre condena los procesos arbitrales ficticios, o lo que el laudo arbitral contiene un pronunciamiento expreso fraudulento, que perjudique a las partes, o un miembro del tribunal arbitral se la coludido con algunas de las partes para emitir un pronunciamiento perjudicial para una (p. 154) pero, como se ha sostenido, estas sanciones solo pueden aplicarse cuando están expresamente establecidas en la Ley.

En esa línea, los tipos penales que puedan aplicarse al árbitro como sujeto activo son de carácter especial propio por la recomendación de la resolución de un conflicto que afecte a materias de libre disposición, y no de ciudadanos corrientes.

Ahora, la responsabilidad penal de los árbitros responde al entendimiento de la naturaleza jurídica que le da cada ordenamiento jurídico, pero, esta ha tenido tres momentos importantes a nivel internacional.

#### **2.2.5. CONVENIO PENAL SOBRE LA CORRUPCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA**

Este convenio fue aprobado el 27 de enero de 1999 en Budapest, razón por la cual también se le conoce con ese nombre. Este convenio original y primigenio estuvo dirigido a comprometer a regular conductas que puedan configurar corrupción por parte de jueces y fiscales, como sujetos activos de estos delitos, considerados como gentes públicos. Sin

embargo, este convenio con contemplaba a los árbitros como posibles sujetos activos de estos delitos, razón por la cual no se comprometía a los Estados partes a incluirlos como tales dentro del ordenamiento penal.

#### **2.2.6. PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO PENAL SOBRE LA CORRUPCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA.**

El Protocolo Adicional fue suscrito en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003, la finalidad de este protocolo fue incluir a los árbitros como posibles sujetos activos de las violaciones frente a la administración pública y de los delitos contra la administración de justicia, debido a que el protocolo primigenio no los incluía ni expresa y ni implícitamente.

La finalidad este protocolo es despejar las dudas posibles sobre la inclusión de los árbitros y jurados como sujetos activos de los delitos de corrupción junto a los, ya incluidos, jueces y fiscales (Etxeberria Guridi, 2020, p. 37).

Ahora, como se dijo, este convenio compromete a los Estados partes como es el caso de España. Resulta relevante citar la regulación de este país, pues en su caso, a lo logrado del Siglo XX, los C.P.es de 1822 y 1848 de este país han reflejado una indiscutible equiparación entre los jueces y los árbitros a la hora de tipificar ciertas conductas vinculadas al ejercicio de sus funciones. (...) en ambos casos, la ampliación extensiva de a los árbitros era amplia, relacionándolos en la mayoría de veces con la comisión de delitos de cohecho, negociaciones prohibidas y de prevaricación judicial (Etxeberria Guridi, 2020, p. 44).

#### **2.2.7. LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ARBITRAJE EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

Ahora bien, en esta parte del trabajo desarrollaremos los tipos penales que por disposición expresa del legislador del C.P. de 1991 son aplicables a los árbitros.

Precedentemente, cabe recordar que la responsabilidad penal se somete al Principio de Legalidad, es decir, la regulación debe ser previa, expresa y clara, si bien es cierto nuestro ordenamiento jurídico considera un fuero arbitral independiente del arbitraje respecto del Poder Judicial, si es que compete responsabilizar penalmente a los árbitros este debe estar expresamente establecido en la ley. Bajo esta premisa desarrollaremos el presente subcapítulo.

Según el Proyecto de Ley que modifica el art. 425, del C.P. que da una consideración de funcionario o servidor público a los árbitros en los procesos arbitrales que tengan como fin la decisión sobre controversias derivadas de las contrataciones con el Estado, Ley del Congreso de la República del Perú, (2014), existen cuatro tipos de responsabilidad en las que pueden incurrir los árbitros según la legislación peruana, estas son las administrativas, disciplinarias, la civil y la penal. En este apartado nos referiremos principalmente a la responsabilidad penal.

En la descripción de todos estos delitos únicamente nos vamos a referir al análisis de la tipicidad objetiva referente a la naturaleza del sujeto activo de cada tipo penal.

Expresamente la ley en comentario establece que los árbitros se encuentran descritos como posibles sujetos activos de los siguientes delitos:

- **Art. 384. – Colusión simple y agravada**

Este art., expresamente dispone lo siguiente:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de la modalidad 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, según

corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta días multa.

De la expresión legal se verifica el S.A., en virtud de su posición jurídica de funcionario o servidor público, modifique su conducta para interferir directa o indirectamente en las contrataciones del Estado, en cualquier etapa del proceso de adjudicación, para obtener bienes, servicios u otra actividad. o cargo por parte del Estado, incluyendo: Esas partes o una de ellas tiene como objetivo engañar al Estado (Salinas Siccha, 2009, p. 348)

Como es sabido esta figura delictiva presenta dos formas, la simple y la agravada, en ambos existen diferentes elementos. La diferencia entre una y otra se basan en dos aspectos distintos. La primera, se basa en el término conector, el primero es concertar, en tanto que la agravada posee el término de defraudar, y el segundo es en el perjuicio que se causa al Estado; en la simple solo se afecta el patrimonio; y en el segundo se agrava, el perjuicio real y efectivo.

Peña Cabrera Freyre, (2016), dispone que este es un delito de carácter especial, debido a que solo las personas que ostentan la condición de funcionarios públicos son consideradas como autores del delito; de esta figura se excluyen todas aquellas personas que no tengan esta condición especial, o todas aquellas personas que ostentando dicha condición no tengan relación directa con las contrataciones administrativas (p. 333).

▪ **Art. 395. – Cohecho pasivo específico**

Este art. dispone lo siguiente:

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, 2 del art. 36 del C.P. y con ciento ochenta a 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 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 art. 36° del C.P. y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días – multa.

Respecto de este primer delito, Peña Cabrera Freyre, (2016), refiere que “de acuerdo con lo descrito, debe queda claro, que no solo basta que el sujeto activo cumpla con tener dicha cualidad funcional, para ser considerado autor, sino que se requiere necesariamente que este cuente con capacidad decisoria y/o resolutive” (p. 603).

El autor menciona ampliamente que es común que en este delito incurran más los sujetos que ejercen funciones jurisdiccionales y referentes a los fiscales del Ministerio Público; sin embargo no hace mucha referencia a la naturaleza de los árbitros de derecho.

▪ **Art. 398. – Cohecho activo específico**

Finalmente, el art. 398 establece lo siguiente:

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro miembro de Tribunal administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del art. 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días – multa.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación según corresponda, conforme a los incisos 1, 2, 3 y 4 del art. 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días – multa.

Si el que ofrece, da o corrompe es abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años; inhabilitación según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del art. 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días – multa.

Peña Cabrera Freyre, (2016), establece que el denominador común en los delitos los servidores públicos son una cualidad especial para ser disfrutada por personas activas, en casos penales de “corrupción activa”, el agente es la otra cara del dinero, una persona ajena al aparato público, que se hace pasar por favorito. Ilegal, por el alcance completo. De los medios corruptos (p. 633).

En el comentario de estos arts., cabe mencionar que, a nuestro entender, el autor no realiza un análisis correcto de lo regulado en el art. 425 del C.P.

#### **2.2.7.1. LEGALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ÁRBITROS**

En esta parte del trabajo, desarrollaremos la relación existente con el principio de legalidad y la responsabilidad penal de los árbitros.

El principio de legalidad debe su origen de la Teoría del Estado de la Ilustración, aunque anteriormente se reguló en las constituciones de los estados federales de los Estados Unidos, así como en los arts. 8 de la D.D.H.C. durante la Revolución Francesa (1789), que ahora también se adapta internacionalmente a través



del art. 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y según lo exija la ley. 15 Derechos Civiles y Políticos Internacionales de Pedro. Su manifestación de Derecho lo expresa en ley al ubicar programáticamente, al comienzo del C.P., y de acuerdo a los principios constitucionales (Helmut Frister, 2011, p. 100).

La determinación de la punibilidad de una conducta tiene que estar determinada previa y legalmente al momento de la comisión del delito. De este modo existe una doble garantía, para con el criminal y para con el Estado; por un lado, sujeto activo tiene una garantía de que el Estado no le impondrá pena alguna que esté fuera de los límites del ordenamiento jurídico y, el Estado, tendrá la certeza de que su actividad procesal se sujetará al procedimiento establecido por la ley, para que su actividad sea más célere.

#### **2.2.8. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL ARBITRAJE**

Como se verá a continuación, el principio de legalidad posee una relación con todas las ramas de derecho, claro que en algunas se establecen excepciones, pero que en resumen todo el ordenamiento jurídico requiere de una regulación previa para su funcionamiento. Con el arbitraje sucede igual y más aún cuando se trata de determinar la responsabilidad penal de los árbitros.

#### **2.2.9. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Rige para los asuntos penales de la parte especial, sino para todas las regulaciones que fundamentan o aumentan la punibilidad. Verdad es que, en la ciencia del Derecho penal, aisladamente se defiende la concepción de que el principio de legalidad no puede tener aplicación en la Parte general del Derecho penal, pero esto es compatible con el texto ni con la idea básica del delito, tampoco puede convencer, porque en muchos ámbitos, la distinción entre parte general y especial solo es de naturaleza técnico legislativa.

El principio de Legalidad está establecido en el art. II del Título Preliminar del C.P. vigente de 1991, el cual expresamente refiere lo siguiente:

### **Art. II. – Principio de Legalidad**

Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella. Esta es la premisa seguida por la moderna doctrina penal. Según Bacigalupo, (2009), en el derecho penal existe “un conjunto de principios que en el curso del desarrollo histórico del derecho represivo fueron convirtiéndose en los criterios impuestos por la protección de la libertad. Entre estos principios el de mayor tradición es posiblemente el principio de legalidad” (p. 354).

Funciona como uno de mayor garantía y su atención del ius puniendi del Estado, es decir, la fuerza más violenta del derecho del Estado. De ese modo, tal y como leemos en el art. citado, es necesario que la conducta delictiva tenga como presupuesto la existencia de una ley anterior a la comisión de este delito o hecho, caso contrario se presentaría una situación de afectación y violencia de la legalidad por parte del Estado.

Aplicado este razonamiento al tema de los árbitros, entonces, debe tenerse muy en claro que, aparte de que un art. lo designe como tal como sujeto activo de un tipo penal, y más aún cuando este tiene la condición de delito especial propio, debe también determinarse cómo es que tal persona obtiene esa condición jurídica de acuerdo al ordenamiento jurídico.

En este caso, entonces, cuando citamos los arts. 384, 395 y 398 como supuestos en los que podría incurrir un árbitro de derecho, entonces también deberíamos corroborar la existencia de tal en las disposiciones que regulan su designación, como es el art. 425 del C.P., hecho que, como observamos en nuestro ordenamiento, no se cumple.

En términos de Villavicencio Terrenos, (2007), Este principio es el límite ejemplar del estado de derecho. Cualquier tipo de violencia ejercida por el Estado lo hace por medio de la Ley, de ahí que toda conducta que sea ejercida sin estar amparada su causa está prohibida y como tal ilícita (p. 90).

De acuerdo a lo anterior, el Estado actúa solo sobre acciones y omisiones que previamente se encuentre, todo ello en mérito al famoso silogismo conocido como nullum crimen, nulla poena sine lege, el cual reza que, no puede haber pena sin delito previo. La materialización del principio de legalidad se da por el tipo penal regulado en el C.P.

En términos normativos, el principio de legalidad, establece que nadie puede ser condenado sin una ley previa que establezca la conducta cometida como un hecho criminal (Villavicencio Terrenos, 2007, p. 90).

La imposición de una pena requiere, además de la culpabilidad, que el acto esté ligado a presupuestos formales especiales. La punibilidad debe estar impuesta por la ley, a su vez, tiene que ser pronunciada por un juez. En oposición al principio de culpabilidad que amerita que la conducta sea pasible de pena en sentido material, la cual de manera expresa debe estar regulada en la Constitución Política del Estado (Helmut Frister, 2011, p. 88)

#### **2.2.10. LA LIBERTAD DEL CIUDADANO**

El principio de legalidad posee una relación entre los fundamentos del orden público y los fundamentos de índole jurídico penal, que necesariamente se interrelacionan para comprender el principio de legalidad. No se debe cometer el error de enfatizar demasiado la justificación técnica forense del principio jurídico, u olvidar o subestimar los aspectos ideológicos del principio jurídico. (Reyna Alfaro, 2018, p. 54).

Como se ha venido desarrollando, funciona como una garantía para el ciudadano que se somete a un proceso penal acusado de la comisión de un acto delictivo; pero, ¿Qué se garantiza?, bueno, se garantiza una

no sanción por un acto que, pese a que socialmente se vea con ojos de mal gusto por resultar hechos repugnantes no tolerables para orden público, este debe estar regulado anteriormente en una ley.

Según Reyna Alfaro, (2018):

Este principio es un mecanismo de protección de la libertad personal. Pues como dijera Montesquieu y Von Litz, la libertad del ciudadano depende, pues, principalmente de la bondad de las leyes criminales y la magna carta del delincuente, como una expresión e interpretación de que la Constitución Protege al delincuente (p. 55)

Es decir, el ciudadano se encuentra garantizando a estar libre si su conducta no constituye un acto delictivo, así como para ser sancionado únicamente por la autoridad competente, esto es, por un juez, y sometido a un proceso ordinario común, con las garantías propias de un debido proceso penal sujeto a una tutela jurisdiccional propia de un Estado de Derecho y democrático.

#### ➤ **La división de poderes**

Como es sabido, este principio es un efecto de la Ilustración, que a su vez trajo como consecuencia la división de poderes del Estado, para que cada uno sea independiente, interrelacionado, con una misma finalidad, pero todo el ordenamiento jurídico y la dirección de este ya no estaría a merced de una sola persona, quien era el rey.

Esto crea una división funcional entre los distintos poderes del Estado, lo que permite un perfecto equilibrio teórico entre ellos. (Reyna Alfaro, 2018, p. 57).

Así, la ilustración determinó que los órganos encargados del gobierno y de la administración de los estados tendría un carácter autónomo. El ejecutivo, encargado de la administración de los recursos; el legislativo, el dador de leyes; y el judicial, el encargado de resolver los conflictos y de conocer los procesos penales.

En tal sentido, el Poder Judicial sanciona conductas, pero, para que sancione conductas debe haber una ley, es decir, el Poder Legislativo debe haber emitido una ley previa. Así sucede para cualquier conducta, para sancionar delitos comunes, es decir, aquellos cometidos por cualquier persona, aquellas que no sea necesario que posea una característica específica para cometer el delito; y de igual forma para los delitos especiales, es decir, aquellos cuyo sujeto activo amerita una característica especial.

Así también sucede para con los árbitros, su conducta, la posibilidad de su sanción debe estar previamente establecida en los Códigos Penales, un ejemplo claro es el ordenamiento jurídico español, cuyo país sí regula desde antaño la responsabilidad penal de los árbitros.

#### ➤ **Mecanismo de prevención**

Desde la perspectiva jurídico penal, tenemos que Feuerbach (como se citó en Reyna Alfaro, 2018), postuló la legitimación del principio de legalidad en el encierro funcional, como mecanismo idóneo para lograr el efecto de coerción psicológica deseado por la persona con la amenaza de castigo. Según esta virtud, se entiende que sólo cuando todo ciudadano sabe con certeza que a la transgresión seguirá un delito mayor, puede obtener el efecto coercitivo de la pena. (p. 58).

La prevención que ocasiona el principio de legalidad, consiste en que las personas no sean sancionadas sin causa justa, ni son norma penal alguna que establezca su conducta delictiva previamente. No se admite, en un estado derecho, la aplicación de sanciones sin que previamente se regulen conductas delictivas de manera anticipada. Ahora, debe tenerse en cuenta que la doctrina ha establecido que el Principio de Legalidad cuenta con tres elementos muy importantes para su efectividad, esto es.

#### ➤ **Extensión de la punibilidad a los árbitros**

Hasta este punto hemos visto la importancia del Principio de Legalidad para la imposición de una determinada sanción a las personas.

Así, para sancionar a un acusado se necesita de un dispositivo legal emitido por el Congreso de la República o por el Poder Ejecutivo (siempre que tenga delegación por el primero); también, que el acusado se someta a un proceso previo, con todas las garantías que caracterizan a uno; y que se emita una sentencia condenatoria por un juez.

Este reconocimiento representa las garantías del Estado de Derecho, es decir, un estado protector de la legalidad, de la división de poderes, un Estado concededor de los derechos de las personas y de la dignidad humana.

Hasta aquí hemos entendido que, como sostiene Villavicencio Terrenos, (2006), la fuente principal del derecho penal es el derecho, del que se suele decir que es la única fuente directa o directa del derecho penal.

En base a lo anterior, el principio de legalidad posee institutos jurídicos, reconocidos legalmente, que lo afectan directamente o que lo confrontan, que rompen las garantías establecidas por este, dentro de este tenemos la retroactividad en mala parte, la aplicación analógica y la aplicación por extensión de la norma penal. En lo que importa al presente estudio es la aplicación extensiva de la norma penal, la cual se encuentra regulado en el art. 386 del C.P., el cual establece lo siguiente:

#### **Art. 386. – Extensión de punibilidad**

Las disposiciones de los art.s 384 y 385 son aplicables a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o participación intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias.

Es necesario tener en cuenta que el art. mencionado no regula la aplicación por analogía, sino la aplicación por extensión de la norma penal. Jiménez de Asúa (como se citó por Bacigalupo, 2009), mencionó que la analogía es una figura jurídica que actúa como un suerte de

creación de ley donde no existe uno, es decir, crear un nuevo tipo penal o una nueva forma de configuración cuando ningún art. del Código Penal lo permite, como consecuencia se presentaba una clara violación al principio de legalidad (p. 354). En contraposición a ello, la aplicación extensiva tiene al menos una fuente en la ley que menciona que se puede aplicar por extensión de su contenido a otra norma u otra situación igualmente reconocidas en la ley, no consiste en la creación de leyes.

El desarrollo extensivo del tipo penal regulado en el art. 386 diferencia entre dos consecuencias directas: la primera se trata de colusión desleal y la segunda se trata del patrocinio ilegal.

### **Colusión desleal**

Según Salinas Siccha, (2009), nos encontramos frente a esta figura delictiva cuando los profesionales privados, árbitros y contadores deliberadamente induzcan a error al Estado o a su organismo o agencia, al enfocar con las partes interesadas los bienes de la administración del Estado en los que interfieren en la valoración, juicio o cesión por su propio organismo o comité. (p. 400).

También puede configurarse este delito cuando el perito, árbitro o contador particular en su condición de tal actúa o dirige su conducta para favorecer a una de las partes. Pero, ha de tenerse presente que esta interpretación se hace en forma extensiva.

### **Patrocinio ilegal**

Este delito tiene diferentes formas de consumación, según Salinas Siccha, (2009), ocurre el delito cuando una persona que ya ostenta un título especial de profesional privado, árbitro o contador, haciendo prevalecer sus propias calificaciones, aboga, defiende, defiende, asiste, dirige o nutre los beneficios, lícitos o ilícitos, de la población en particular. Cualquier organismo de la administración pública que intervenga en la evaluación y concesión de premios o divisiones (p. 400).

Como se puede ver, es ineludible que el S. A. posea una condición especial, con características particulares y propias, como es el caso de ser un árbitro, perito o contador público.

En ambos casos la aplicación de la ley se hace por extensión, así lo establece expresamente el art. en comentario; en este punto, cabe hacer una diferencia entre lo que se entiende por analogía y extensión de la norma.

La analogía no es aplicable al derecho penal, pues preferentemente es un deber propio del Derecho Civil que funciona como una herramienta para cubrir lo vacíos o deficiencias legales en mérito a la necesidad de administrar justifica por parte de los magistrados.

Esa prohibición dispone que la aplicación analógica está prohibida, si su finalidad es calificar un hecho delictivo o falta como tal, o para precisar o para fundamentar la condena o prevención de seguridad que les concierne, esto debido a que con esto se afecta directamente el principio de legalidad, pues se estaría diferenciando o creando un delito donde el derecho penal no lo ha dispuesto.

En esa misma línea, como sostuvo Mir Puig (como se citó en Reyna Alfaro, 2018):

Al mismo tiempo, la interpretación se trata de encontrar el sentido literal del texto legal en la medida de lo posible, un parecido que presume la aplicación de la ley penal a un proceso que no se entiende de ninguna manera posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendido en el texto legal (p. 73).

Sobre este tema, Peña Cabrera Freyre, (2016), sostiene que “vemos entonces, que el legislador, haciendo función de una norma legislativa incluye de forma taxativa en el encuadramiento normativo del art. 386° del C.P., a todas aquellas personas que no pueden ser consideradas “autores” a efectos penales, por no ostentar la posición de funcionarios o servidores públicos, empero al aportar una contribución



importante en el decurso del iter criminis, es que deben responder penalmente, pero a título de participación delictiva, de forma específica a modalidad de complicidad (p. 376).

Sin embargo, a nuestro entender, la regulación y la interpretación del autor son erradas, pues es una perfecta muestra de la aplicación extensiva o por analogía de los delitos, con esto cabe la posibilidad de una afectación directa al principio de legalidad, hecho que pretendemos demostrar en el desarrollo de esta investigación.

Sobre este punto, Etxeberria Guridi, (2020), defiende que el principal obstáculo que plantea la extensión de los árbitros de la posibilidad de ser considerados sujetos activos del delito de prevaricación judicial tiene su origen en la naturaleza penal de la norma que se pretende aplicar y la necesaria sujeción al principio de legalidad y la prohibición de las leyes penales en mala parte (p. 186).

En términos de Rojas Vargas (como se citó en Salinas Siccha, 2009), considera que resulta ser una suerte de forzamiento hermenéutico equiparar la diligencia de los funcionarios o servidores patrocinador de provechos indebidos de privatizados para con la Adm. Pub. a las actuaciones realizadas por los peritos, o contadores, o similares, por lo que termina refiriendo que debe excluirse la referencia al art. 385 (p. 401).

Aunque parte de la doctrina defiende que existe una gran diferencia entre la Aplicación por Analogía y la Aplicación Extensiva, de esta posición es de Pedreira Gonzáles (como se citó en Etxeberria Guridi, 2020), sostiene que resulta inexacta la afirmación de que no cabe la interpretación extensiva en perjuicio del reo al confundirse con la aplicación analógica. La interpretación extensiva todavía se mantiene dentro del texto de la ley, es admisible, aun en perjuicio del reo, si se ajusta exactamente al sentido objetivo de la ley la aplicación analógica, que ya obliga a salirse del texto de la ley, es lo que está prohibido en virtud del art. 4 del C.P. español (p. 187)

### 2.3. DEFINICIONES CONCEPTUALES

- **Responsabilidad penal del árbitro:** Es la base fáctica y jurídica que acreditan la responsabilidad penal de los árbitros, para ello, el tipo penal debe estar expresamente determinado en el C.P., con la finalidad de determinar la conducta típica objetiva y subjetiva del sujeto activo.
- **Legalidad de la responsabilidad penal del árbitro:** Hace referencia a la responsabilidad penal de los árbitros, teniendo en cuenta los elementos del principio de legalidad, es decir, que la conducta esté expresa y previamente al tipo penal.
- **Legitimidad de la responsabilidad penal del árbitro:** Hace referencia al respeto del principio de legalidad, y a la oposición de la aplicación extensiva de la punibilidad y a la aplicación de la analogía en el derecho penal, por afectación expresa del principio de legalidad.
- **Cohecho pasivo específico:** es el tipo penal en el cual un sujeto recibe para sí o para otra persona un beneficio patrimonial con la finalidad de que haga o deje de hacer un determinado acto propio de su función o encargo.
- **Cohecho activo específico:** Similar al anterior, pero se caracteriza porque en este caso el S. A. es el individuo o funcionario que obliga a dar a otro para sí algún beneficio patrimonial con la finalidad de que haga o deje de hacer un acto propio de su función.
- **Funcionario público:** es aquel individuo que es designada por elección popular o mediante una forma de elección para cargos altos cuya función se caracteriza por tener la facultad de disponer y de emitir actos administrativos creadores de efectos jurídicos.
- **Servidor público:** Es aquella persona que obtiene un cargo público en mérito a un concurso público laboral, no tiene poder o facultad de decidir un caso concreto, pues su función es organizativa y de apoyo al procedimiento administrativo.

## **2.4. VARIABLES**

### **2.4.1. VARIABLE DEPENDIENTE**

Legalidad y legitimidad de la responsabilidad penal de los árbitros.

### **2.4.2. VARIABLE INDEPENDIENTE**

Legislación penal peruana

## 2.5. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

Definición	Dimensiones	Indicadores
Operacional	Legalidad de la responsabilidad penal de los árbitros	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Tipificación expresa de la responsabilidad penal de los árbitros en el C.P.</li> <li>2. Determinación de la tipicidad objetiva atribuible a los árbitros</li> <li>3. Redacción del tipo penal previo a la comisión del delito</li> </ol>
	Legitimidad de la responsabilidad penal de los árbitros	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Inaplicación de la analogía en el derecho penal</li> <li>2. Ilegitimidad de la aplicación extensiva del tipo penal</li> <li>3. Ilegitimidad de la creación interpretativa de nuevos tipos penales</li> </ol>
Tipo de Variable	Cualitativo – Proporcional	
Escala de Medición	Nominal	

### 2.5.1. VARIABLE DEPENDIENTE, LEGISLACIÓN PERUANA

Definición	Dimensiones	Indicadores
Operacional	Tipos penales aplicables a los árbitros por disposición expresa del C.P.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Art.s 384, Colusión simple y agravada;</li> <li>2. Art. 385, responsabilidad de los peritos, árbitros y contadores particulares;</li> <li>3. Art. 395, Cohecho pasivo específico</li> <li>4. Art. 398, Cohecho activo específico</li> </ol>
Tipo de Variable	Cualitativo – Proporcional	
Escala de Medición	Nominal	

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

El tipo de estudio de esta investigación fue Básica – Documental, pues nos centramos en analizar e interpretar la base legal ya existente sobre la materia, como el C.P. de 1991, la Ley General de Arbitraje, N° 1071 y la Ley de Contrataciones del Estado, de esta forma también dejamos en claro que no tuvimos un rol protagónico, pues solo las describimos y las correlacionamos.

##### **3.1.1. ENFOQUE**

La presente investigación tuvo un enfoque cualitativo - analítico, debido a que los datos recogidos y analizados fueron de la realidad, a su vez, la interpretación y el análisis fueron desarrollados de manera objetiva, evitamos en lo posible las consideraciones subjetivas de todo ello.

##### **3.1.2. ALCANCE O NIVEL**

El nivel de estudio de la presente investigación fue Descriptivo – Correlacional; descriptivo, en el sentido de que estudiamos el cómo es y cómo se presenta la regulación de la responsabilidad penal de los árbitros en la legislación peruana, es decir, lo describimos; luego de ello, correlacionamos los resultados entre las variables y dimensiones, con esto demostramos la relación existente entre nuestras variables mediante una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico peruano.

#### **3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA**

##### **3.2.1. POBLACIÓN**

Según Noguera Ramos, (2014), la población radica en el total de seres vivos que son estudiados en una investigación científica (p. 293); por otro lado, Sanchez Espejo, (2020), la población “es el conjunto de

objetos que tienen características comunes que van a ser objeto de estudio, se denomina población al conjunto completo de elementos (p. 63).

Conforme a las definiciones dadas, para efecto de la presente investigación la población estuvo conformada por toda base legal que tenga o haga referencia a la responsabilidad penal peruana, tales como el C.P., la Ley de Arbitraje, la Ley de Contrataciones del Estado, entre otras.

### **3.2.2. MUESTRA**

La muestra se entiende como aquella parte de la población que representa, al ser la muestra un tamaño pequeño, facilita a realizar estudios y cálculos aplicables a la población (Sanchez Espejo, 2020, p. 66). De igual forma, conforme a Noguera Ramos, (2014), una muestra es un conjunto de elementos seleccionados de la población que representa porque tiene propiedades básicas en sus componentes. (p. 293).

Conforme a este soporte, para la determinación de la muestra de este estudio, se aplicó la Técnica del Muestreo no Probabilístico, Muestro Intencional del Investigador debido a que la base legal o la población es de carácter limitado, y por ello no fue posible aplicar una fórmula estadística para su determinación; de igual forma, definimos estas muestras de acuerdo con estos criterios:

#### **3.2.2.1. CRITERIOS DE INCLUSIÓN**

- Arts. del C.P. que se refieran a la responsabilidad penal de los árbitros
- Arts. de la Ley N° 1070 referida a la responsabilidad penal de los árbitros
- Arts. de la Ley N° 30325 referida también a la responsabilidad penal de los árbitros.

### **3.2.2.2. CRITERIOS DE EXCLUSIÓN**

- Arts. del C.P. que no se refieran a la responsabilidad penal de los árbitros
- Arts. de la Ley N° 1070 que no se refieran a la responsabilidad penal de los árbitros
- Arts. de la Ley N° 30325 que no se refieran a la responsabilidad penal de los árbitros.

## **3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

### **3.3.1. TÉCNICAS**

**Análisis documental:** Esta técnica nos ayudó a recolectar los datos directamente de la base legal seleccionada en la población y determinada en la muestra, para ello dividimos los indicadores de acuerdo a las dimensiones e indicadores.

### **3.3.2. INSTRUMENTOS**

Ficha de Análisis de contenido de la base legal de la responsabilidad penal de los árbitros (Anexo 02): Este instrumento nos permitió recolectar los datos directamente del C.P. de 1991, en especial de todos los numerales del art. 425 del C.P.

### **3.3.3. PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS**

Nuestra investigación tuvo un enfoque cualitativo analítico, razón por la cual no se aplicaron programas para el procesamiento de datos, debido a ello no se aplicó el programa Excel y el IBM SPSS.

### **3.3.4. PARA LA PRESENTACIÓN DE DATOS**

Para el análisis de datos utilizamos tablas y figuras con sus respectivas interpretaciones de acuerdo a las Normas APA.

### **3.3.5. PARA EL ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS**

Utilizamos un procedimiento lógico jurídico, también el análisis y síntesis de la información, esto debido a que el enfoque de nuestra investigación es cualitativo, y no posee cantidades para numerar.



## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS

#### 4.1. PROCESAMIENTO DE DATOS DE RESULTADOS DESCRIPTIVOS

**Tabla 1**

*Análisis de la consideración jurídica como funcionario o servidor públicos a los árbitros*

<b>Art. – 425 inciso primero del C.P.</b>	<b>Escala de medición</b>
1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.	Nominal

D.L. N° 276. – Ley de Bases de la Carrera Administrativa

**Interpretación:** Se observa en esta tabla que, de acuerdo con el párrafo 1 del art. 425 del C.P. italiano, los funcionarios públicos o servidores públicos son personas que están incluidas en la profesión administrativa; ahora, por “carrera administrativa” deben entenderse a aquellos que son designados mediante concurso público bajo alguna modalidad laboral de ingreso a la administración pública, los más resaltantes son: el D.L. N° 276 – Ley de Bases de la Carrea Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y su reglamento el D.S. N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa, por ser el principal dispositivo que permite a una persona acceder a la carrera administrativa, es decir, a prestar sus servicios en la administración pública del Estado.

**Análisis:** Para entender El concepto de servidor o funcionario público en el contexto de miembros de la función administrativa, es decir, en el contexto del Decreto No. 276 “Ley Básica de los Servicios Administrativos”, conforme al art. 3 del D.S. N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Organizaciones Administrativas sin Fines de Lucro, se tiene que:

Art. 3. - Para efectos de la Ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de Ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa

permanente en períodos regulares. Hace carrera el servidor nombrado y por tanto tiene derecho a estabilidad laboral indeterminada de acuerdo a Ley.

De igual forma, conforme al art. 4 del mismo dispositivo legal tenemos que:

Art. 4.- Considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por Ley.

Con esa base, debemos mencionar que los árbitros no ostentan la condición de funcionario ni servidor público, porque no les alcanza lo normado En un D.L. N° 276 y en sus estatutos ratificados por real decreto n. 005-90-PCM, porque, en primer lugar, los árbitros no prestaron servicios al ente regulador público a título de renuncia o contrato sin ningún tipo de facultad, ni pagaron una remuneración indefinidamente en función de la dependencia de la administración estatal; Tampoco puede ocupar el cargo de funcionario público, por no ser elegido o designado por la autoridad competente para ocupar cargos del más alto rango y dentro de las autoridades estatales u organismos públicos independientes.

**Tabla 2**

*Análisis de la consideración jurídica como funcionario o servidor públicos a los árbitros*

Art. – 425 inciso segundo del C.P.	Escala de medición
	Nominal

**Interpretación:** De conformidad con el inciso 2 del art. 425 del C.P., las personas que ocupan cargos políticos o de autoridad también pueden tener el poder de funcionarios o servidores públicos. Aunque vinieran de elecciones populares. Dentro del ordenamiento jurídico, esto se materializa en la Ley de Funcionarios Públicos y Empleados de Confianza N° 28775.

**Análisis:** Ahora bien, según el art. 8 de la Ley N° 28775, Ley de Funcionarios Públicos y Empleados de Confianza tenemos que:

Art. 8°. - Empleado de confianza Comprende al personal del empleo público que desempeña cargo técnico o político y que goza de la confianza directa del funcionario público quien lo designa. Pueden ser designados en estos cargos aquellos profesionales con conocimiento especializado en materias propias de la Administración Pública y de la materia que requiera la entidad. También pueden ser considerados como empleados de confianza aquellos que realizan actividades y laboran en el entorno del funcionario público.

Bajo este concepto, sostenemos que los árbitros no pueden ostentar la condición de empleado de confianza o un sujeto que ejerza algún político. Primero, los árbitros es un empleado público, pues no se encuentra en relación de subordinación con la administración pública; por otro lado, el mismo no desempeña cargo técnico ni político, pues su rol, conforme a la Ley de arbitraje es de tercero imparcial y neutral sobre un conflicto de intereses; de igual forma, los árbitros no son designados por alguna autoridad de la administración pública para que este obtenga sus servicios técnicos y políticos de manera exclusiva de los árbitros.

**Tabla 3**

*Análisis de la consideración jurídica como funcionario o servidor públicos a los árbitros*

Art. – 425 inciso primero del C.P.	Escala de medición
	Nominal

**Interpretación:** En el marco del numeral 3 del art. 425 del C.P., tenemos que también ostentan la condición de funcionario o servidor público aquellos que, sin importar el régimen laboral, mantengan algún tipo de vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades y organismos del Estado. En ese sentido, en nuestro ordenamiento jurídico los regímenes laborales de la administración pública se rigen principalmente por el D.L. 276, por el Contrato Administrativo de Servicios aprobado por D.L. N° 1057.

**Análisis:** Regula obvio que, independientemente del régimen laboral, esto es, sea mediante el D.L. 276, o por el Contrato Administrativo de Servicios aprobado por D.L. N° 1057, los árbitros no pueden suscribir contratos de ninguna índoles, como uno de locación de servicios, o participar en concurso público para adquirir una plaza en la administración pública, debido a que ello son designados por las partes en conflicto, bajo la Ley que norma el arbitraje y estos nos suscriben ningún tipo de contrato que los convierta o los haga dependientes de alguna persona natural o jurídica.

**Tabla 4**

*Análisis de la consideración jurídica como funcionario o servidor públicos a los árbitros*

Art. – 425 inciso primero del C.P.	Escala de medición
	Nominal

**Interpretación:** De conformidad con el inciso 4 del art. 425 del C.P., también pueden ser considerados empleados quienes administren y cuiden bienes embargados o depositados por autoridad competente, incluidos los pertenecientes a personas naturales, en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, un administrador o depositarios de caudales embargados es designado mediante la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

**Análisis:** Por razones obvias, los árbitros no pueden estar considerados dentro de esta categoría, pues estos últimos son autorizados conforme a los lineamientos que establece la Directiva N° 006-2020-OSCE/CD “Directiva del Registro Nacional de Árbitros” del OSCE, (2019) y no mediante Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros como sí un administrados o depositario de caudales embargados. Por otro lado, el árbitro no tiene la función de cautelar bien embargado, sino de resolver conflictos de intereses en el marco de la D.L. N° 1071, D.L. que norma el Arbitraje.

**Tabla 5**

*Análisis de la consideración jurídica como funcionario o servidor públicos a los árbitros*

Art. – 425 inciso primero del C.P.	Escala de medición
	Nominal

**Interpretación:** Conforme al numeral 5 del art. 425 del C.P., también son dependientes de la administración pública los miembros de las fuerzas armadas (miembros del ejército, miembros de la marina de guerra y de las fuerzas aéreas del Perú); y los miembros de la PNP.

**Análisis:** Resulta obvia la imposibilidad de categorizar a los árbitros dentro de esta clasificación, pues los árbitros son designados y acreditados mediante la Directiva N° 006-2020-OSCE/CD “Directiva del Registro Nacional de Árbitros” del OSCE, (2019) y sus funciones son ejercidas al amparo del D.L. N° 1071, D.L. que norma el Arbitraje; por otro lado, las FA y la PNP tienen funciones propias de la protección del orden público interno y externo de la nación, así como la participación durante los estados de excepción; de igual forma, los miembros de las FA y de la PNP obtienen tal condición en mérito a un proceso de admisión de carácter periódico.

**Tabla 6**

*Análisis de la consideración jurídica como funcionario o servidor públicos a los árbitros*

Art. – 425 inciso primero del C.P.	Escala de medición
	Nominal

**Interpretación:** De acuerdo al numeral 6 del art. 425 del C.P., también pueden ser considerados como dependientes del Estado aquellas personas que son designadas, elegidas o declarado por autoridad competente, para realizar actividades o funciones por cuenta o al servicio del Estado o de sus entidades. En el marco de nuestro ordenamiento jurídico, esto podría referirse a la Ley de Gobiernos Locales y a la Ley de Gobiernos Regionales

**Análisis:** De acuerdo a la interpretación, es preciso tener en cuenta que los árbitros no son designados ni elegidos ni proclamados por ninguna autoridad superior o suprema, pues estos solo tienen un deber de encargados de resolver un determinado conflicto de intereses, no se someten a un concurso para obtener la condición de árbitros, solo participan de un encargo.

**Tabla 7**

*Análisis de la consideración jurídica como funcionario o servidor públicos a los árbitros*

Art. – 425 inciso primero del C.P.	Escala de medición
	Nominal

**Interpretación:** Conforme al numeral 7 del art. 425 del C.P., también son dependientes del Estado aquellas personas que sean designadas por la Constitución Política y la Ley, en el marco de nuestro sistema, esto se entiende una facultad para los organismos estatales autónomos.

**Análisis:** Cuando el art. materia de análisis hace referencia a la constitución, debe entenderse a la designación de altos funcionarios o empleados de confianza como los ministros de Estado y los altos directivos de los órganos autónomos descentralizados, tales como SUNARP, SUNAT, INDECOPI, etc.



## 4.2. INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS DELITOS APLICABLES POR NUESTRA LEGISLACIÓN A LOS ÁRBITROS

**Tabla 8**

*Análisis de la responsabilidad penal de los árbitros por la comisión del delito de colusión simple y agravada*

Art. – 384 Colusión simple y agravada		Escala de medición
		Nominal
Tipicidad objetiva		
Bien jurídico	Imparcialidad y objetividad de la administración pública	
Sujeto Activo	Funcionario o servidor público	<b>Tipo de variable</b>
Sujeto Pasivo	El Estado	Cualitativo -
Tipo de delito	Delito de Resultado	proporcional
Tipicidad subjetiva		
A título de dolo		

**Interpretación:** En la tabla N° 08 nos presenta una sistematización del delito de colusión simple y agravada, en esta línea tenemos que el bien jurídico protegido en este delito es la imparcialidad y objetividad de la administración pública; el sujeto activo solo puede ser un funcionario o servidor público; el sujeto pasivo, el Estado; por la naturaleza, este es un delito de resultado y de efectos permanentes; a nivel de tipicidad subjetiva, este solo es reprimible a título de dolo.

**Análisis:** De la interpretación a la Tabla N° 08, tenemos que, a nivel de tipicidad, El delito de complicidad agravada se considera un delito especial, ya que el sujeto de la operación sólo puede ser una persona con ciertas características establecidas por la ley, en este caso, es necesario que el agente sea un funcionario o servidor público. En el marco de nuestro ordenamiento jurídico, servidor público y funcionario público son aquellas personas descritas en el art. 3 y 4, respectivamente, del D. S. N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa y del D. L. N° 276 – Ley de Bases de la Carrea Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, al amparo del principio de legalidad. Es decir, solo se consideran aquellas personas que obtienen una plaza laboral en mérito a un concurso público de

méritos en la carrera administrativa; incluso los funcionarios o servidores de confianza designados al amparo de Ley de Funcionarios Públicos y Empleados de Confianza N° 28775 no pueden ser considerados dentro de esta categoría por la sola disposición de la Ley.

De lo vertido, entonces, los árbitros no pueden incurrir en este delito, por el simple hecho de no tener la condición de funcionario o servidor público, pues su situación laboral no se encuentra regulada por el D. L. N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, ni por su reglamento, aprobado por D. S. N° 005-90-PCM, incluso no se encuentran dentro de los alcances de lo regulado por el “CAS” del D. L. 1057; sino que, su condición de tal y su designación como árbitro son al amparo de la Directiva N° 006-2020-OSCE/CD “Directiva del Registro Nacional de Árbitros” del OSCEstado, (2019) y sus funciones son ejercidas al amparo del D. L. N° 1071, D.L. que norma el Arbitraje.

**Tabla 9**

*Análisis de la responsabilidad penal de los árbitros por la comisión del delito de patrocinio ilegal*

Art. – 385 Patrocinio ilegal		Escala de medición
		Nominal
Tipicidad objetiva		
Bien jurídico	Imparcialidad y objetividad de los procesos de licitación pública	
Sujeto Activo	Funcionario o servidor público	<b>Tipo de variable</b>
Sujeto Pasivo	El Estado	Cualitativo -
Tipo de delito	Delito de Resultado	proporcional
Tipicidad subjetiva		
Reprimible a título de dolo		

**Interpretación:** Conforme al art. 385 del C.P., el delito de patrocinio ilegal es un delito especial propio, por cuanto el sujeto activo también debe ostentar ciertas características personales y especiales, como la condición de funcionario o servidor público; por otro lado, el bien jurídico protegido en este delito es la imparcialidad y la objetividad de los procesos de licitación pública de la administración pública; el sujeto pasivo es el Estado y por la naturaleza del delito este es de resultado; a nivel de tipicidad subjetiva, este delito solo resulta reprimible a título de dolo.

**Análisis:** Similar al art. 384, el delito de patrocinio ilegal solo puede recaer sobre funcionarios o servidores públicos nombrados o designados al amparo del D.S. N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa y del D.L. N° 276 – Ley de Bases de la Carrea Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.

De igual forma, los árbitros no pueden incurrir en este delito, por el simple hecho de que no tienen la condición jurídica de funcionario o servidor público, pues no se encuentran sujetos a lo regulado en el D.L. N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, ni por su reglamento, aprobado por D.S. N° 005-90-PCM.

De igual forma, la condición de tal y su designación como árbitro son al amparo de la Directiva N° 006-2020-OSCE/CD “Directiva del Registro Nacional de Árbitros” del OSCE, (2019) y sus funciones son ejercidas al amparo del D.L. N° 1071, D.L. que norma el Arbitraje.

**Tabla 10**

*Análisis de la responsabilidad penal de los árbitros por la comisión del delito de cohecho pasivo específico*

Art. – 395 Cohecho pasivo específico		Escala de medición	
		Nominal	
Tipicidad objetiva			
Bien jurídico	Imparcialidad y legalidad en el ejercicio de la función pública		
Sujeto Activo	Magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo	<b>Tipo de variable</b>	
Sujeto Pasivo	El Estado	Cualitativo	-
Tipo de delito	De peligro y de resultado	proporcional	
Tipicidad subjetiva			

**Interpretación:** De acuerdo al art. 395 el delito de cohecho pasivo específico puede ser cometido únicamente por los siguientes agentes: por los magistrados, árbitros, fiscales, peritos, miembros del T. A. o alguno de igual analogía, de acuerdo a ello este delito es especial propio, pues el sujeto activo solo puede ser aquel sujeto con características específicas. Por otro lado, el bien jurídico protegido es la imparcialidad y la legalidad del ejercicio de la función pública; el sujeto activo es el Estado y, por la naturaleza del delito, este puede ser de peligro o de resultado.

**Análisis:** Respecto a la condición de sujeto activo de los magistrados, fiscales, peritos y miembros de los tribunales administrativos no existe inconveniente en cuanto a su consideración, debido a que ellos se encuentran regulados por vínculos laborales con el sector público en mérito al D.L. 276 “Ley de Bases de la Carrera Administrativa” y su Reglamento aprobado por D.S. N° 005-90-PCM.

Respecto a los árbitros como posibles agentes de la comisión de este delito, Peña Cabrera Freyre, (2012) sostiene que para estos agentes, siempre el concepto de funcionario público es sometido a una extensión particular, por motivos de política criminal (p. 506). Sin embargo, es preciso mencionar que la política criminal no debe superar ni superponerse al principio de legalidad,

de ello que, de plano, para que los árbitros también puedan ser considerados como agentes del delito de cohecho pasivo específico deban ostentar la condición de funcionarios o servidores públicos; pero, estos desempeñan un deber de encargo por partes privadas al amparo del principio de autonomía de la voluntad y, el ejercicio de su función, por más independiente que sea el fuero arbitral, lo desempeñan en base a la Directiva N° 006-2020-OSCE/CD “Directiva del Registro Nacional de Árbitros” del OSCE, (2019) y al amparo del D.L. N° 1071, D.L. que norma el Arbitraje.

**Tabla 11**

*Análisis de la responsabilidad penal de los árbitros por la comisión del delito de cohecho activo específico*

Art. – 398 Cohecho activo específico		Escala de medición
		Nominal
Tipicidad objetiva		
Bien jurídico	La imparcialidad y objetividad de la administración pública	
Sujeto Activo	El que – cualquier persona	<b>Tipo de variable</b>
Sujeto Pasivo	El Estado	
Tipo de delito	Delito de peligro.	
Tipicidad subjetiva		Cualitativo -
Reprimible a título de dolo		proporcional

**Interpretación:** Del texto del art. 398 del CP, el delito de cohecho activo específico puede ser cometido por cualquier persona, a nivel de tipicidad objetiva se considera como un delito común, pues el sujeto activo no necesita de características especiales; el bien jurídico tutelado es la imparcialidad y objetividad de la administración pública; el sujeto pasivo es el Estado y por la naturaleza del delito, este es uno de peligro.

**Análisis:** Del texto expreso del art. 398, se puede deducir que el sujeto activo puede ser cualquier persona, de ello se deriva que es un delito común; en ese contexto, si un árbitro cometiere el delito en comentario lo haría como particular y no en su condición de árbitro, pues el tipo penal así lo dispone.

## **CAPÍTULO V**

### **DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

#### **5.1. PRESENTAR LA CONTRATACIÓN DE LOS RESULTADOS DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**

Al iniciar la presente investigación se ha planteado la siguiente interrogante: ¿Existe legalidad y legitimidad de la responsabilidad penal de los árbitros en la legislación penal peruana?

Luego de haber aplicado nuestro instrumento de recolección de datos a la muestra, de los resultados obtenidos se plantea que la solución al problema es la derogación del art. 386 del C.P., que regula la Aplicación Extensiva de la Punibilidad de los arts. 384 y 385 del mismo marco normativo a los árbitros de derecho, con la finalidad de que, siempre mediante una interpretación extensiva, estos sean pasibles de ser considerados sujetos activos de los delitos de Colusión simple y agravada (art. 384) y de Patrocinio Ilegal (art. 385).

Esto en mérito a que la Aplicación Extensiva de la punibilidad afecta el Principio de Legalidad, a su vez, esta extensión convierte al árbitro como sujeto activo de delitos contra la administración pública, cuando este no posee la condición de funcionario o servidor público, sino, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, este posee una naturaleza cuasi jurisdiccional y no cuasi administrativa.

##### **5.1.1. SUSTENTACIÓN DE LA PROPUESTA**

El art. 386 del C.P. mediante aplicación extensiva permite que los árbitros sean considerados como sujetos activos del delito de colusión simple y agravada (art. 384) y del delito de patrocinio ilegal (art. 385), los cuales son delitos especiales propios, cuyo sujeto activo ostentar la condición jurídica de funcionario o servidor público necesariamente.

Los resultados descriptivos nos permitieron comprobar que no existe legalidad ni legitimidad de la responsabilidad penal de los árbitros



en la legislación penal peruana, en relación a que los árbitros no ostentan la calidad de servidores públicos o servidores públicos bajo ningún tipo de título según las figuras del art. 425 del CP que directa o indirectamente los vinculen a funcionarios públicos. Por otro lado, no hay legalidad en su responsabilidad, pues la ampliación de la pena del art. 368 del C.P. aparece como una violación al principio de legalidad.

### **5.1.2. PROPUESTA DE NUEVA HIPÓTESIS**

Los árbitros no poseen condición jurídica de funcionarios o servidores públicos, más por el contrario, ostentan condición de cuasi juzgadores, por lo que la aplicación extensiva del art. 386 para ser considerado como sujeto activo del delito de colusión simple y agravada (art. 384), y del delito de patrocinio ilegal (art. 385) es ilegal.

Para dar sustento a la nueva hipótesis planteada y para comparando los resultados de nuestra investigación, tendremos en cuenta los objetivos planteados para los mismos; Así, el objetivo general es determinar si existe legalidad y legalidad de la responsabilidad penal de los árbitros en el derecho penal peruano. El primer objetivo específico es analizar la legalidad de la responsabilidad penal del árbitro en el derecho penal peruana; y, el segundo objetivo específico tuvo por finalidad dar a conocer si existe legitimidad de la extensión de la punibilidad de los árbitros en la legislación penal peruana.

A nivel de contrastación, tenemos que Campos de la Rosa, (2017), en las conclusiones de su investigación sostiene que La investigación resultó en un logro de Objetivo Común (OG), mediante el cual "conocer la relación entre un delito de primer grado y la responsabilidad penal del árbitro por conducta, actitud y habilidad ha firmado un contrato con el Estado de Huánuco para proponer alternativas con implicaciones legales" El investigador afirma que su objetivo se logró al incluir la hipótesis general (HG) en la prueba Chi-cuadrado ( $X^2$ ). La hipótesis se confirmó en una muestra de 95 personas, ya que el valor de  $X^2$  es 938,73, la cual es estadísticamente significativa por ser un valor mayor a  $X^2_c$  que

es 15.51. Teniendo en cuenta ello, nuestros resultados contradicen a los alcanzados por el investigador citado, en nuestro caso, los árbitros no ostentan la condición de funcionario público a diferencia de los magistrados o jueces, estos últimos sí tienen dicha condición por encontrarse en una relación de dependencia o subordinación con la administración pública, por lo tanto, les son aplicables los variados tipos penales contra la administración pública, como el de prevaricato.

Por otro lado, Gonzales Soria & De la Santa, (2015); en sus conclusiones sostienen que, respecto a la responsabilidad penal de los árbitros, el Código ha establecido de manera expresa los siguientes: a) La especificidad de las actividades prohibidas y abusivas en el ejercicio de la función arbitral a que se refiere el art. 440 del C.P., que dieron lugar a la sanción prevista en este art. En el presente caso, es muy difícil moldear la conducta del árbitro de conformidad con cualquiera de las causales del art. 510 del C. P. Civil que, como hemos visto, puede dar lugar a una revisión de la decisión final, a menos que la verificación sea solicitada en repetidas ocasiones. Por esquemas fraudulentos previstos en el inciso 4 del art. 510 del C.P. C., caso con el cual no estamos de acuerdo. b) La falsificación general de un caso público reconocida en los arts. 392 y 393 del C.P. con fundamento en el art. 390 del C.P. e invocando el art. 392 del C.P. en contra de esta regla, es triple pena diferencia (p. 885). A diferencia de lo concluido por el autor, debemos señalar que la legislación española, que es la que comenta, sí establece de manera expresa la condición jurídica de funcionario de los árbitros, a diferencia de la nuestra que, al menos, en los arts. 3 y 4 del reglamento del D. L. N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, no lo menciona.

Finalmente, Zúñiga Arredondo, (2017), concluye sosteniendo que, La corrupción crece en el país como un toxinas que se generaliza por todos los procesos de contratación pública en los que interviene el Estado peruano y en los que es necesario responsabilizarse para hacer frente a actos de corrupción, especialmente personales que solucionan ventajas

o problemas entre partes. Requiere su atención desde el C.P., lo que le permite crear un proceso que establece en la práctica de los valores y principios para normalizar la moral pública. (p. 98). En comparación a ello, debemos sostener que estamos de acuerdo en que los actos ilícitos o que afectan los intereses públicos deben ser sancionados con la responsabilidad que amerite; sin embargo, esta sanción se debe hacer en el marco del principio de legalidad y de legitimidad de la pena, no obstante, en el caso de los árbitros, de acuerdo a nuestros resultados, no estaría ocurriendo, y lo que único que hace nuestro Estado es permitir una expresa violación al principio de legalidad.

## CONCLUSIONES

**PRIMERO.** – Existe imprecisión del C.P. sobre la condición jurídica de los árbitros y la responsabilidad penal atribuible; el art. 386, aplica extensivamente los delitos de colusión simple y agravada (art. 384) y patrocinio ilegal (art. 385) hacia el árbitro de derecho para considerarlo como sujeto activo; de igual forma, de manera expresa el C.P. establece que el árbitro puede ser sujeto activo del delito de cohecho pasivo específico (art. 395); pero, si bien es cierto son delitos especiales propios, su comisión amerita que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público, es decir, que guarde vínculo laboral con la administración pública, mientras que los árbitros tienen condición jurisdiccional y según el art. 139 de la Constitución Política no guardan relación con la administración pública, sino con la administración de justicia, por lo tanto, la responsabilidad penal de los árbitros es ilegal e ilegítimo.

**SEGUNDO.** – Los árbitros no son funcionarios públicos; pues no se encuentran considerados como tal en ninguno de los numerales del art. 425 del C.P. que pueda vincularlo de manera directa o indirecta con la administración pública, pues no poseen ningún vínculo laboral con esta bajo ningún Régimen Laboral reconocido por nuestro ordenamiento laboral: esto es, D.L. N° 276, Ley de Bases de la Carrea Administrativa y en base a los arts. 3 y 4 del D.S. N° 005-90-PCM; tampoco mantiene vínculo laboral en base a la Ley de Funcionarios Públicos y Empleados de Confianza N° 28775; mucho menos posee relación laboral con alguna empresa del Estado o bajo los alcances del D.L. N° 1057, que norma el Contrato Administrativo de Servicios; mucho menos por lo regulado por la Ley N° 30057, Ley de Servicio Civil.

Tampoco ostentan la condición de administradores o depositarios de caudales embargados por autoridad competente, pues estos son designados en méritos a la Ley N° 26702, Ley GSFSSOSBS, aparte de ello, las funciones que cumple cada uno son diferentes, pues mientras los depositarios administran los bienes embargados, los árbitros resuelven un determinado conflicto de intereses entre dos o más partes, mediante una función de encargo; por obvias razones no forman parte de PNP y de las FA, pues ellos

desempeñan funciones de protección y mantenimiento del orden interno, así como de la seguridad nacional, actividades muy ajenas a la función arbitral; por último, los árbitros no son nombrados o designados por autoridad política alguna para que le preste sus servicios técnicos y políticos con exclusividad, sino que los árbitros ejercen sus funciones en base a las directivas que emite el OSCE, como la Directiva N° 006-2020-OSCE/CD “Directiva del Registro Nacional de Árbitros” del OSCE y en base al D.L. N° 1071, D.L. que norma el Arbitraje; por lo tanto, la calificar como sujeto activo de los delitos contra la administración pública a quien no es funcionario o servidor público es ilegal.

**TERCERO.** – El numeral 1 del art. 139 de la Constitución Política del Perú de 1993 estableció que el arbitraje es jurisdicción; el Tribunal Constitucional peruano, en el Ex. N° 6167-2005-PHC/TC, del 28 de febrero del 2006, ha establecido que el arbitraje es una actividad jurisdiccional privada, sometidas al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, a cargo del árbitro y como tal ejerce funciones cuasi jurisdiccionales. Entonces, la extensión de la punibilidad del art. 386 del C. P. y la tipificación del delito de cohecho pasivo específico (art. 395) son erróneos, ya que nos remite a los art.s 384 (colusión simple y agravada) y 385 (patrocinio ilegal), pues estos son tipos penales aplicables a sujetos que guardan una relación con la administración pública; lo correcto sería remitir a los delitos contra la administración de justicia, esto debido a la condición jurídica de los árbitros.

## RECOMENDACIONES

**PRIMERO.** – La responsabilidad penal de los árbitros amerita de una correcta determinación de la condición jurídica de este, esto es, un juez con facultades cuasi jurisdiccionales y no es un funcionario o servidor público, por lo que su responsabilidad penal debe ser tipificado dentro de los delitos contra la administración de justicia, y no con los delitos contra la administración pública.

**SEGUNDO.** – Si se regula la responsabilidad penal de los árbitros, este debe ser regulado de acuerdo a la naturaleza jurídica que ostentan, es decir, un carácter cuasi jurisdiccional; por lo tanto, se debe sustraer su consideración como sujetos activos del delito de cohecho simple y agravado (art. 384) y patrocinio ilegal (art. 385), así como del delito de cohecho pasivo específico (art. 395) del C.P., para poder ser regulado dentro de los delitos contra la administración de justicia.

**TERCERO.** - Derogación del art. 386 del C. P.: La aplicación extensiva de la punibilidad a los árbitros regulado en el art. 386 del C. P. afecta el Principio de Legalidad; pues este permite procesar como sujeto activo a los árbitros cuando su condición jurídica no corresponde a una relación con la administración pública, sino a una relación con la administración de justicia.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ayala, P. (s.f.). Responsabilidad de los art.s durante el proceso arbitral. Obtenido de <https://lex.ahk.es/actualidad-juridica/responsabilidad-de-los-arbitros-durante-el-proceso-arbitral>
- Bacigalupo, E. (2009). *Teoría y Práctica del Derecho Penal*. Madrid.
- Bermúdez Tapia, M. (2016). *Manual de arbitraje*. Lima: THOMSON REUTERS.
- Campos de la Rosa, I. (2017). *El delito de prevaricato y la responsabilidad penal del árbitro en las contrataciones con el Estado de la Región Huánuco*. Huánuco: Universidad Nacional Hermilio Valdizán. Obtenido de <http://repositorio.unheval.edu.pe/bitstream/handle/UNHEVAL/3077/PCP%2000103%20C24.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Congreso de la República. (enero de 2014). Ley que modifica el art. 425 del C.P. - que considera como funcionario o servidor público a los árbitros en los proceso arbitrales cuyas actuaciones decidan controversias derivadas de las contrataciones públicas. Obtenido de <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/06/30195837/otrosdocs29.pdf>
- Del Águila Ruiz de Somocurcio, P. (2011). *Arbitraje. Principios, Convenio Arbitral y Nulidad de Laudo Arbitral*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante SAC.
- Esparza, G., & J Muñoz, F. (2016). *Arbitraje comercial y Derecho concursal - perspectivas internacionales y domésticas de una relación en constante evolución*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Etxeberria Guridi, J. F. (2020). *La responsabilidad penal del árbitro y de las instituciones arbitrales*. Valencia: Tirant ti blanch .
- González Soria, J. (2015). La responsabilidad de los árbitros y de las

instituciones arbitrales en el Derecho Español. *Litigios Procesales y Arbitrales*, 37-60.

Gonzales Soria, J., & De la Santa, M. (2015). Las responsabilidades de los árbitros. *Revista de Derecho UNED*, NUM. 17, 2015, 869-958. Obtenido de [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2015-17-5140/Responsabilidades\\_arbitros.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2015-17-5140/Responsabilidades_arbitros.pdf)

Helmut Frister. (2011). *Derecho Penal - Parte General traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti*. Buenos Aires: Hammurabi . Jose Luiz Depalma editor.

IDL - REPORTEROS. (2018). *Arbitrajes a la Odebrecht*. Lima: IDL REPORTEROS. Obtenido de <https://www.idl-reporteros.pe/arbitrajes-a-la-odebrecht-lavajato/>

Instituto de Democracia y Derechos Humano. (2019). *Anticorrupción y Justicia Penal*. Lima: IDDH. Obtenido de [http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2019/04/27223547/boletin-ned\\_n\\_4-.pdf?fbclid=IwAR1TL4L7kdqjKsQFy\\_53z6qzs7SA-ZOMyKkZq6v6-jAc0PQax82hnq642tg](http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2019/04/27223547/boletin-ned_n_4-.pdf?fbclid=IwAR1TL4L7kdqjKsQFy_53z6qzs7SA-ZOMyKkZq6v6-jAc0PQax82hnq642tg)

Ledesma Narvaez, M. (2010). *Jurisdicción y Arbitraje*. Lima: FondoEditorial.

Malgorazta Jurdikiewicz. (2020). La responsabilidad de los árbitros por los incumplimientos de sus obligaciones en el arbitraje. *THEMIS - Revista de Derecho*, 147 - 160.

Martinez Calle, R. G. (2016). *La fiscalización de la función arbitral respecto a la Responsabilidad de los árbitros*. Lima: Universidad César Vallejo. Obtenido de [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/1866/Mart%C3%ADnez\\_CRG.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/1866/Mart%C3%ADnez_CRG.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Matheus López, C. (2003). *Las ventajas del Arbitrajes frente al Proceso Judicial. Un análisis comparativo entre el litigio arbitral y el litigio*



*jurisprudencial*. Lima.

Matheus López, C. A. (2009). *Independencia e imparcialidad del árbitro*. Lima: Nebrija Universidad.

Noguera Ramos, I. (2014). *Guía para elaborar una tesis de Derecho*. Lima: GRIJLEY.

Organismo Supervisor de las Constrataciones del Estado. (2019). *Directiva N° 006-2020-OSCE/CD "DIRECTIVA DEL REGISTRO NACIONAL DE ARBITROS"*. Lima: OSCE. Obtenido de [https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Directivas\\_2020-1/Directiva\\_006-2020-OSCE-CD\\_RNA.pdf](https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Directivas_2020-1/Directiva_006-2020-OSCE-CD_RNA.pdf)

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2012). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: IDEMSA.

Peña Cabrera Freyre, O. R. (2016). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: IDEMSA.

Peña Gonzales, O. (2018). *Conciliación Extrajudicial - Teoría y Práctica*. Lima: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación .

Pisfil Chafloque, J. (2017). *Arbitraje Ad Hoc e Institucional en Contrataciones del Estado*. Lima: Oscar Ricardo Retamozo Ramos.

Salinas Siccha, R. (2009). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Editorial Iustitia.

Sánchez Espejo, F. (2020). *Estadística para tesis y uso del SPSS* . Arequipa: CentrumLegalis.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 6167-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional 28 de febrero de 2005). Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>

Silvia Mera, W. D. (2014). *Reforma al C.P. sobre prevaricato por parte de los*

*jueces y árbitros*. Babahoyo: Universidad Técnica de Babahoyo. Obtenido de <http://dspace.utb.edu.ec/bitstream/handle/49000/1377/T-UTB-FCJSE-JURISP-000234.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Vidal Ramirez, F. (2003). *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica.

Villavicencio Terrenos, F. (2007). *Derecho Penal - Parte General*. Arequipa: GRIJLEY.

Zelayarand Durand, M. (2009). *Metodología de Investigación Jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas.

Zuñiga Arredondo, Y. S. (2017). *Deter*. Cusco: Univerisda Nacional de San Antonio Adab del Cusco. Obtenido de <http://repositorio.unsaac.edu.pe/bitstream/handle/UNSAAC/3077/253T20171038.pdf?sequence=1&isAllowed=>

## **COMO CITAR ESTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**

Ames Peralta, L. (2023). *Legalidad y legitimidad de la responsabilidad penal de los árbitros en la legislación penal peruana* [Tesis de pregrado, Universidad de Huánuco]. Repositorio Institucional UDH. <http://...>

## **ANEXOS**

## ANEXO 1

### MATRIZ DE CONSISTENCIA

#### TÍTULO: LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ÁRBITROS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

FORMULACIÓN DE LOS PROBLEMAS	FORMULACIÓN DE LOS OBJETIVOS	VARIABLES	INDICADORES	MARCO METODOLÓGICO
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	VARIABLE INDEPENDIENTE		TIPO DE INVESTIGACION
PG. ¿EXISTE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ÁRBITROS EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA?	OG. Determinar si existe legalidad y legitimidad de la responsabilidad penal de los árbitros en la legislación penal peruana.	Legalidad y legitimidad de la responsabilidad penal de los árbitros	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Tipificación expresa de la responsabilidad penal de los árbitros en el C.P.</li> <li>2. Determinación de la tipicidad objetiva atribuible a los árbitros</li> <li>3. Redacción del tipo penal previo a la comisión del delito</li> <li>4. Inaplicación de la analogía en el derecho penal</li> <li>5. Illegitimidad de la aplicación extensiva del tipo penal</li> <li>6. Illegitimidad de la creación interpretativa de nuevos tipos penales</li> </ol>	<p>Básica – documental</p> <hr/> <p><b>ENFOQUE DE INVESTIGACION</b></p> <hr/> <p>Cualitativo - analítico</p> <hr/> <p><b>NIVEL DE INVESTIGACION</b></p> <hr/> <p>Descriptivo - explicativo</p>
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	VARIABLE DEPENDIENTE	1. Art.s 384, Colusión simple y agravada;	POBLACION

<p><b>PE1.</b> ¿Existe legalidad de la responsabilidad penal de los árbitros en la legislación penal peruana?</p> <p><b>PE2.</b> ¿Existe legitimidad de la extensión de la punibilidad de los árbitros en la legislación penal peruana</p>	<p><b>OE1.</b> Analizar si existe legalidad de la responsabilidad penal de los árbitros en la legislación penal peruana</p> <p><b>OE2.</b> Dar a conocer si existe legitimidad de la extensión de la punibilidad de los árbitros en la legislación penal peruana?</p>	<p>Legislación penal peruana</p> <hr/> <p><b>VARIABLE INTERVINIENTE</b></p> <hr/> <p>Condición Jurídica de los funcionarios o servidores públicos</p>	<p>2.Art. 385, responsabilidad de los peritos, árbitros y contadores particulares;</p> <p>3.Art. 395, Cohecho pasivo específico</p> <p>4.Art. 398, Cohecho activo específico</p> <hr/> <p>1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.</p> <p>2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza. Incluso si emanan de elección popular.</p> <p>3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades y organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del</p>	<hr/> <p>Estará conformada por toda la base legal que tenga o haga referencia a la responsabilidad penal de los árbitros de la legislación peruana</p> <hr/> <p><b>MUESTRA</b></p> <hr/> <p>La muestra estará conformada por los art.s referentes del C.P.</p> <hr/> <p><b>TECNICAS</b></p> <hr/> <p>Análisis documental</p> <hr/> <p><b>INSTRUMENTOS</b></p> <hr/> <p>Análisis de contenido</p>
--	---	---	--	--

---

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 indicadores por la Constitución Política y la Ley.
-

**ANEXO 2**  
**FICHA DE ANÁLISIS DE CONTENIDO DE LA**  
**RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ÁRBITROS**



**TÍTULO: LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD DE LA RESPONSABILIDAD**  
**PENAL DE LOS ÁRBITROS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

**Descripción:** Este instrumento nos permitirá analizar todos los numerales del art. 425 del C.P., así como los arts. 385, 389, 395 y 398 del C.P. referentes a la condición jurídica de los árbitros de derechos y de los delitos que expresamente el derecho penal peruano los hace pasibles de aplicación.

Art. –	<b>Escala de medición</b>
Tipicidad objetiva	
Bien jurídico	
Sujeto Activo	<b>Tipo de variable</b>
Sujeto Pasivo	
Tipo de delito	
Tipicidad subjetiva	