

La responsabilidad penal de los árbitros

Por Roque J. Caivano

1. Introducción [\[arriba\]](#)

El derecho penal y el arbitraje pertenecen a áreas del derecho tan diversas, que a primera vista, parece difícil encontrar puntos de contacto entre ambos. El derecho penal es una típica rama del derecho público, que se ocupa de regular las conductas punibles y el ejercicio del poder punitivo del Estado[1]; y el arbitraje es un método de solución de controversias de naturaleza privada y convencional.[2] A pesar de ello, existen situaciones en las cuales estos dos mundos se entrecruzan.

En un trabajo publicado hace casi dos décadas[3], pasamos revista a algunos de esos puntos de contacto, reseñando los delitos en que podían incurrir los árbitros (por entonces, prevaricato), y aquellos que podían ser cometidos por otros sujetos en el contexto de un arbitraje (falso testimonio o estafa procesal). Ciéndonos únicamente a las conductas de los árbitros susceptibles de aparejarles responsabilidad penal, dos cambios normativos producidos en los últimos años obligan a revisar y ampliar ese estudio.

Por un lado, desde que el Código Civil y Comercial de la Nación [en adelante, C.C.C.N.] incorporó un capítulo sobre el “contrato de arbitraje” y estableció ciertos deberes para los árbitros, el “mantenimiento de la confidencialidad” se convirtió en una obligación cuya infracción podría constituir un ilícito penal. Por el otro, la Ley N° 27.401,[4] que modificó el art. 265 del Código Penal, hizo extensiva a los árbitros la responsabilidad por el delito de negociaciones incompatibles con la función pública.

De ello resulta que, en el estado actual de nuestra legislación, hay al menos tres delitos en que los árbitros podrían verse involucrados como autores: prevaricato, violación de secreto profesional y negociaciones incompatibles con la función pública. Sin perjuicio de analizar estas tres figuras, también haremos referencia a otras, que aunque no legisladas en nuestro país, han sido objeto de tratamiento legislativo en el derecho comparado (fundamentalmente, el cohecho).

La referencia al régimen de responsabilidad penal de los árbitros en otros países tiene como propósito demostrar que más allá del diferente enfoque que las distintas legislaciones han adoptado, la preocupación por mantener la integridad del arbitraje no es exclusiva del legislador argentino. Como se verá de la sucinta reseña de las normas comparadas, no en todos los países la metodología legislativa seguida es uniforme, ni son punibles las mismas conductas.[5] Pero lo que en cualquier caso muestran esas referencias, es que países de distinta cultura jurídica han abordado, aunque en algunos casos parcial y fragmentariamente, la responsabilidad penal de los árbitros.

2. Los árbitros y el prevaricato [\[arriba\]](#)

Normativamente, nada ha cambiado desde nuestro anterior trabajo, en relación con el prevaricato. Aun a riesgo de reiterar muchos de los conceptos allí vertidos, nos referiremos también aquí a esta figura.

2.1. El prevaricato de los árbitros en el derecho argentino

El art. 269 del Código Penal reprime con multa e inhabilitación absoluta perpetua al juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo, o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas. En la parte final de la norma, se establece que ella “será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores”.

Analizaremos a continuación el alcance de esta norma y las particularidades que reviste su aplicación en relación con los árbitros.

2.1.1. El tipo penal y sus matices respecto de los árbitros

El prevaricato, cuyos orígenes pueden encontrarse en el Derecho Romano y cuya etimología evoca la falta de rectitud en el andar[6], consiste, resumidamente, en la conducta del juez, que a sabiendas, funda una decisión en hechos falsos o se aparta del derecho aplicable.

El sujeto activo de este delito es un “juez”, entendida esta noción en el sentido más amplio, incluyendo -por expresa disposición de la ley- a los árbitros, sean de derecho o de equidad (amigables componedores).

Otra exigencia que surge del tipo penal es el dolo. La Corte Suprema ha dicho que el prevaricato “no consiste en que la resolución impugnada sea objetivamente contraria a la ley o se funde en una errónea interpretación del derecho, casos en los cuales toda sentencia revocada constituiría un delito de prevaricación, sino en la malicia o en la mala fe del juzgador”. [7] La jurisprudencia y la doctrina confirman esta interpretación. Si el prevaricato es una falsedad, como todas ellas, se requiere el conocimiento de la falsía. [8] Para imputar un hecho como prevaricato, no alcanza con mostrar la incorrección jurídica de una sentencia; será preciso mostrar la incorrección moral del juez; [9] se requiere que el juez sepa que la resolución se apoya en hechos falsos o en normas inaplicables, pues se trata de un acto voluntariamente dirigido a perjudicar a una de las partes. [10] En otras palabras, no basta el elemento objetivo ni el error en la calificación de los hechos y en la aplicación de las normas; se requiere la malicia y la prueba de infracciones dolosas o quebrantamientos intencionales de la ley. [11]

La conducta punible no se verifica solamente cuando se incurra en falsedades en la sentencia definitiva (o el laudo final). También, se infringe la ley penal cuando esa falsedad se comete en cualquier otra resolución dictada en el curso del proceso. Como se explica, la alusión legal a “resoluciones” no es casual, sino que ha sido específicamente pensada para “no dejar sin represión la ilegalidad de otros autos, aunque no definitivos, como lo sería, por ejemplo, el que ordenase un embargo no autorizado por la ley, que pueden ser igualmente graves y aún más que una sentencia definitiva injusta, según la entidad del pleito y la situación personal de las partes”. [12]

En relación con la invocación de “resoluciones falsas”, debe aclararse que no se trata de las citas jurisprudenciales a las que suele recurrirse para apoyar una determinada interpretación de la ley, aun cuando fueran falsas. Lo que la ley penal reprime es la referencia a resoluciones, que se utilizan como fundamento o como antecedente de la sentencia, por la influencia que puedan tener respecto de ella: por ejemplo, afirmar que una excepción ha sido rechazada cuando no fue resuelta,

o que sobre una cuestión, existe cosa juzgada cuando no hay sentencia alguna sobre ella.[13]

Como establece la norma en su parte final, esta figura penal es igualmente aplicable a árbitros y amigables componedores, quienes se ven alcanzados por las prescripciones en ella contenidas y son, por lo tanto, potenciales sujetos del delito de prevaricato. Sin embargo, conviene establecer algunas precisiones en su aplicación al arbitraje, habida cuenta de las diferencias que existen entre la actividad judicial y la arbitral.

Por lo pronto, la norma solo podría ser aplicada en su totalidad a los árbitros de derecho, que deben laudar, aplicando las normas positivas y motivando sus decisiones en derecho, de modo semejante a un magistrado judicial.

En el caso de los amigables componedores, sin embargo, la primera parte de la norma no es aplicable. Si los amigables componedores son árbitros de equidad que resuelven *ex aequo et bono*, “según su leal saber y entender” (art. 769, C.P.C.C.N.) o moderando el rigor de las leyes y dando a los elementos de prueba mayor o menor eficacia jurídica de la que les corresponda en derecho (art. 431, CPC de Santa Fe), es difícil imaginar que puedan cometer el delito de prevaricato por dictar resoluciones contrarias a la ley expresa, cuando esa es precisamente la misión que las partes le encomendaron al atribuirle la condición de árbitros de equidad. Es que en esta clase de arbitraje las partes han relevado a los árbitros de fundamentar la decisión en derecho, les han permitido apartarse de las soluciones que consagran las normas de fondo y les han encomendado resolver la controversia en función de la equidad. Ello los obliga a priorizar la justicia intrínseca de la decisión, más allá de lo que dispongan las leyes.[14] Y aunque no todos los laudos que dictan los amigables componedores son laudos *contra legem*, es claro que pueden serlo.[15] En resumen, la conducta del árbitro de equidad que al laudar se aparta del derecho, jamás podrá constituir un delito, cuando eso precisamente constituye el cumplimiento de la misión que le fue encomendada por las partes, y el laudo ni siquiera sería susceptible de nulidad por ello.[16]

La conducta descrita en la última parte del art. 269 del Código Penal, en cambio, sería aplicable a los amigables componedores, tanto como a los árbitros de derecho, e incurrirían en prevaricato, si para fundamentar su decisión, citaran “hechos o resoluciones falsas”, en el sentido que hemos explicado.

2.1.2. Justificación

La extensión de esta figura a los árbitros se ha justificado, señalando que “el carácter específico del prevaricato no deriva de la calidad personal del sujeto, sino de la naturaleza de los asuntos sometidos a los jueces y de la importancia social de la función de administrar justicia”.[17]

Es cierto que el prevaricato es una infidelidad que atenta contra la administración de justicia y fue originariamente pensado para castigar la actuación indigna de los integrantes de órganos jurisdiccionales estatales o de los ministerios públicos.[18] Pero no es menos cierto que no protege la Administración de Justicia, entendida como el órgano del Estado, sino a la administración de justicia, entendida como el instrumento que sirve a los ciudadanos para resolver sus controversias.[19] Y la integridad de este sistema, sea público o privado, se pone en riesgo cuando los jueces dictan, dolosamente, resoluciones contrarias a la ley. En otras palabras, lo

que se tutela mediante este delito es la rectitud, la legalidad y la honestidad en el cumplimiento de los actos en que consiste la actividad de administrar justicia, sea o no funcionario público quien lleva adelante esa función.[20]

Encontramos razonable la equiparación de árbitros y jueces en orden a este delito. Aun privados, los árbitros no dejan de ser jueces. La función que cumplen, las consecuencias que se derivan de sus decisiones y especialmente, el potencial efecto dañino hacia las partes de una conducta, como la descrita en el art. 269 del Código Penal, justifican que sea punible también cuando la despliega un árbitro. Ni el origen convencional de la jurisdicción de los árbitros ni el carácter privado que reviste la administración de justicia que ellos ejercen son razones suficientes para excluir su punibilidad. Las partes en un arbitraje, tanto como las partes en un proceso judicial, merecen ser protegidas de quienes, de manera dolosa, dicten resoluciones contrarias a la ley o recurran a hechos o resoluciones falsas para fundarlas.

Es cierto que, a diferencia de los jueces estatales, los árbitros suelen ser elegidos directa o indirectamente por las propias partes. Y es también cierto que, de ese modo, las partes en un arbitraje tienen mecanismos para precaverse de conductas dolosas de los árbitros que escogen. Sin embargo, estas diferencias tampoco justificarían, a nuestro juicio, un distinto tratamiento en orden al delito que analizamos en este parágrafo. En primer lugar, porque, aunque es la fórmula más usual, no en todos los casos, las partes designan a los árbitros. Adicionalmente, porque aun si tienen la facultad de nombrar algún árbitro, ese nombramiento no puede recaer en personas que no sean independientes e imparciales.[21] Lo que significa que aun cuando son designados por las mismas partes, los árbitros no están bajo su control. Y finalmente, porque el hecho de que algunos comportamientos desviados de los árbitros puedan encontrar remedio en el propio sistema arbitral no les quita la ilicitud que da base al reproche penal.

2.2. El prevaricato de los árbitros en el derecho comparado

En el derecho comparado, hay varios países que han incorporado a los árbitros como sujetos del delito de prevaricato, ya sea con proyectos de ley o directamente en cuerpos normativos penales.

2.2.1. Bolivia

El art. 173 del Código Penal de Bolivia[22] define el delito de prevaricato como la conducta de “la jueza o el juez que en el ejercicio de sus funciones, dictare resoluciones manifiestamente contrarias a la ley”, conducta que acarrea una pena de privación de libertad de cinco a diez años. La misma norma reduce la pena de tres a ocho años a “los árbitros o amigables componedores o quien desempeñare funciones análogas de decisión o resolución que incurran en este delito”, pero la agrava en un tercio, “si se causare daño económico al Estado”.

2.2.2. Costa Rica

El art. 357 del Código Penal de Costa Rica también incluye a los árbitros y arbitradores como sujetos del delito de prevaricato. La norma impone prisión de dos a seis años “al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos”, disposición que “será aplicable en su caso, a los árbitros y arbitradores”.

Como ha interpretado la doctrina y la jurisprudencia, se trata de un delito doloso, que requiere el conocimiento de que la manifestación de voluntad emitida por el agente, es contraria ostensiblemente al ordenamiento legal o a alguno de sus preceptos específicos, y la conducción voluntaria de su actuar en dirección a la plena realización de dicha acción.[23] No se trata del ejercicio interpretativo, razonable y válido por parte de este, en relación con la norma a aplicar, sino “de una franca inobservancia de lo legalmente previsto, a sabiendas de ello y sin que en todo caso, sea necesario acreditar la existencia de alguna finalidad específica o especial, aunque ella puede existir”;

[24] es decir, que debe existir “una absoluta oposición y contrariedad entre lo que se resuelve y lo que la ley declara”. [25]

2.2.3. Chile

En los arts. 223 y ss., el Código Penal de Chile regula de manera detallada, las varias formas que puede revestir el delito de prevaricato.

El art. 223 dispone que: “los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados: 1°) Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa criminal o civil; 2°) Cuando por sí o por interpuesta persona admitan o convengan en admitir dádiva o regalo por hacer o dejar de hacer algún acto de su cargo; 3°) Cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que este les da, seduzcan o soliciten a persona imputada o que litigue ante ellos”.

El art. 224 establece que: “sufrirán las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y la de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos a medios: 1°) Cuando por negligencia o ignorancia inexcusables dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa criminal; 2°) Cuando a sabiendas contravinieren a las leyes que reglan la sustanciación de los juicios, en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial; 3°) Cuando maliciosamente nieguen o retarden la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida; 4°) Cuando maliciosamente omitan decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no lleven a efecto la decretada, pudiendo hacerlo; 5°) Cuando maliciosamente retuvieren en calidad de preso a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley; 6°) Cuando revelen los secretos del juicio o den auxilio o consejo a cualquiera de las partes interesadas en él, en perjuicio de la contraria; 7°) Cuando con manifiesta implicancia, que les sea conocida y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa criminal o civil”.

Conforme el art. 225: “incurrirán en las penas de suspensión de cargo o empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales o solo en esta última, cuando por negligencia o ignorancia inexcusables: 1°) Dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa civil; 2°) Contravinieren a las leyes que reglan la sustanciación de los juicios, en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial; 3°) Negaren o retardaren la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida; 4°) Omitieren decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no llevaren a efecto la decretada, pudiendo hacerlo; 5°) Retuvieren preso por más de cuarenta y ocho horas a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley”. Y el art. 226 prevé que: “En las mismas penas, incurrirán cuando no cumplan las órdenes que legamente se les comuniquen por las autoridades superiores competentes, a menos de ser

evidentemente contrarias a las leyes, o que haya motivo fundado para dudar de su autenticidad, o que aparezca que se han obtenido por engaño o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever”.

En lo que aquí interesa, el art. 227 extiende estas figuras, entre otros, a los árbitros, al disponer que: “Se aplicarán respectivamente las penas determinadas en los artículos precedentes: 3°) A los compromisarios, peritos y otras personas que, ejerciendo atribuciones análogas, derivadas de la ley, del tribunal o del nombramiento de las partes, se hallaren en idénticos casos”.

Más allá de la llamativa ausencia de rigor y de precisión de las normas comentadas[26], y dejando de lado que varias de las conductas allí descritas, están pensadas para causas penales y no sería siquiera posible que los árbitros incurran en ellas, es ostensible la intención del legislador de equiparar a los árbitros (definidos en la ley como “compromisarios”) a los jueces en orden a la comisión de estos delitos. O al menos a algunos de ellos.[27]

2.2.4. China

En junio de 2006, la legislatura china promulgó una reforma a la legislación penal, destinada a reprimir penalmente la falta de imparcialidad de los árbitros. La norma prevé penas de prisión para el árbitro que intencionalmente altere o decida contra los hechos o la ley, si las circunstancias son serias (art. 399 del Código Penal). La figura, conocida como perversion of law, tiene por objeto garantizar la limpieza y la justicia del arbitraje, y se basa en extender a los árbitros una regla similar que existe para los jueces estatales.

Aunque se reconoce que puede ser útil para eliminar posibles abusos en la utilización de los poderes del árbitro, esta disposición ha sido también objeto de críticas, tanto por traducir una equivocada concepción del arbitraje[28], como por su falta de precisión y por las dificultades que traerá aparejada su aplicación.[29]

2.2.5. Alemania y Austria

Una figura similar a esta está contenida en el art. 339 de los Códigos Penales de Alemania y Austria, que disponen que: “un juez, un oficial público o un árbitro que, en la resolución de un asunto legal pervierte el curso de la justicia para beneficio o perjuicio de una parte, será penalmente responsable y reprimido con uno a cinco años de prisión”.

2.2.6. Ecuador

En Ecuador, la figura del prevaricato para jueces y árbitros estaba prevista en el art. 277 Código Penal de 1971. El Código Orgánico Integral Penal de 2014 los incorporó nuevamente en el art. 268, que establece que: “las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se impondrá además, la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses”.

2.2.7. El Salvador

En el art. 310 del Código Penal de El Salvador, señala que: “el juez que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo por igual tiempo”, estableciendo a continuación, que “lo dispuesto en el inciso primero será aplicable, en su caso, a los árbitros”.

2.2.8. Emiratos Árabes

En los Emiratos Árabes Unidos, la Ley N° 7, sancionada en octubre de 2016, modificó la legislación penal e incluyó a los árbitros en una figura delictiva. El art. 257 del Código Penal, que originalmente penaba la falsedad de los informes de expertos en un proceso, fue reformulado de modo de comprender también, a quienes toman decisiones. La nueva norma establece que se aplicará pena de prisión a quien emita una decisión, exprese una opinión, presenta un informe o una prueba contraria al deber de lealtad e imparcialidad, en su condición de árbitro, experto, traductor o investigador, designado por una autoridad judicial o administrativa, o elegido por las partes.

2.2.9. Guatemala

En Guatemala, el Código Penal tipifica el prevaricato de jueces, tanto en su forma dolosa, como culposa: el art. 462 prevé pena de prisión para “el juez que, a sabiendas, dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos”; y el art. 463 prevé pena de multa e inhabilitación para “el juez que por negligencia o ignorancia inexcusables, dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos”. Ambos tipos son expresamente aplicables a los árbitros (art. 464).

2.2.10. Nicaragua

En Nicaragua, el Código Penal de 2007 incluye a fiscales, procuradores, defensores públicos, asistentes, secretarios, consultores técnicos o peritos de parte, árbitros o mediadores, bajo la figura de “sujetos equiparados” (art. 467), tanto en relación con el prevaricato (art. 463), como respecto de la denegación de justicia (art. 464), el retardo malicioso (art. 465) y el patrocinio infiel (art. 466).

2.2.11. Paraguay

El Código Penal paraguayo de 1997 tipifica el prevaricato de jueces, árbitros u otros funcionarios, disponiendo que: “el juez, árbitro u otro funcionario que, teniendo a su cargo la dirección o decisión de algún asunto jurídico, resolviera violando el derecho para favorecer o perjudicar a una de las partes, será, castigado con pena privativa de libertad de dos a cinco años” (art. 305.1).

2.2.12. Un proyecto de ley en el Perú

Además del proyecto de ley de 2017[30], cuya finalidad es considerar a los árbitros como funcionarios o servidores públicos, incluyendo un nuevo inciso al art. 425 del Código Penal[31], en 2012, una congresista presentó un proyecto para modificar el art. 418 del Código Penal e incorporar a los árbitros como sujetos activos del delito de prevaricato.

Este proyecto[32], que contenía una descripción del tipo penal y una metodología similar a los de la legislación argentina, despertó fuertes críticas de parte de la comunidad arbitral peruana. Y finalmente, no fue aprobado.

Entre los principales reparos que se alzaron contra este proyecto, Gandolfo Cortés no solo reprochaba la falta de fuentes de esta iniciativa, sino su error conceptual, pues a su juicio, “no se puede aplicar la misma norma para jueces y para árbitros porque son administradores de justicia con diversos orígenes, funciones y competencias”. [33] Bullard, por su parte, cuestionaba el proyecto por similares razones conceptuales[34], añadiendo los riesgos que su aplicación podría aparejar en la práctica: “esa herramienta del prevaricato será usada por quienes pierden un arbitraje para presionar a los árbitros y escaparse del contrato que celebraron. Ya no serán los árbitros, sino un juez penal el que resuelva su controversia. Como suele pasar, cuando penalizas una actividad, lo que haces es espantar a los honestos y atraer a los delincuentes a la misma”. [35] Torres Maldonado y Castillo Freyre[36], en similar sentido, pusieron de relieve su incoherencia[37], su innecesaridad[38], su inutilidad[39], su manifiesta inaplicación al arbitraje de equidad, y los riesgos que entrañaría para la práctica arbitral. [40]

3. El deber de confidencialidad de los árbitros y la violación del secreto profesional [\[arriba\]](#)

En este capítulo, analizaremos las características de este tipo penal y su aplicación a los árbitros.

3.1. El derecho argentino

El art. 156 del Código Penal reprime con multa e inhabilitación especial a quien “teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”.

3.1.1. El deber de confidencialidad de los árbitros

Aunque existen pocas dudas sobre la obligación de confidencialidad que los árbitros asumen, así sea implícitamente, al aceptar el cargo de árbitro en un caso determinado[41], en el derecho argentino, esa obligación tiene ahora fuente legal: el C.C.C.N. les impone el deber de “respetar la confidencialidad del procedimiento” (art. 1662, inc. c), como uno de los deberes inherentes a su función. [42]

A modo de breve digresión, debe señalarse que si bien su objetivo principal es regular el contrato de arbitraje, celebrado entre las partes de la relación jurídica principal, cuyas controversias se someten a arbitraje, el nuevo Código ha tipificado otro: el que se celebra entre las partes y los árbitros. En efecto, el art. 1662 dispone que: “el árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes”. [43] El consentimiento de este contrato se forma cuando los árbitros son designados y aceptan el encargo. [44] Se trata de un contrato bilateral, en tanto engendra para ambas partes derechos y obligaciones, generalmente oneroso y de tracto sucesivo, dado que las prestaciones se cumplen a lo largo del proceso arbitral. Y sin perjuicio de otras que pueden considerarse inherentes a su función, los árbitros adquieren, a consecuencia de ese contrato, la atribución de juzgar y resolver con efecto vinculantes las controversias que se les someten, al mismo tiempo que contraen una serie de obligaciones. Entre otras que pueden surgir de las reglas convenidas, el C.C.C.N. les impone el deber de revelar cualquier circunstancia que

pueda afectar su independencia e imparcialidad, atender el cargo de manera personal y con dedicación, respetar la confidencialidad, deliberar con los demás árbitros y dictar el laudo motivado y en el plazo establecido (art. 1662).

El deber de confidencialidad de los árbitros encuentra su justificación en la naturaleza de misión que los árbitros están llamados a prestar, que no es sino administrar justicia en un caso determinado. Misión que exige el máximo ejercicio de prudencia y discreción. Si la privacidad es una cualidad intrínseca del proceso arbitral[45] y una de las razones que pueden haber motivado la celebración de un acuerdo arbitral[46], este deber no puede ser ajeno a la convención que vincula a los árbitros con las partes. El deseo -expreso o presunto- de las partes de guardar el secreto de la información relativa al arbitraje tiene como uno de los principales destinatarios a los propios árbitros, en quienes aquellas depositan una importante dosis de confianza que no puede ser traicionada.[47]

3.1.2. Los árbitros y la violación de secretos, en el derecho argentino

En el Código Penal, esta figura está concebida como uno de los “delitos contra la libertad” (título V). El bien jurídico que se intenta proteger con este tipo penal es evitar el peligro de que el agente llegue a doblegar la voluntad del sujeto pasivo con la amenaza, así sea implícita, de revelar secretos que captó de aquel a raíz de su actividad profesional o en razón de las relaciones propias de su estado. El hecho de tener que comunicar a un profesional un secreto que puede afectar dañosamente a su titular, podría poner en peligro su libertad, si el profesional pudiera revelarlo a cualquiera cuando lo deseara.[48]

El tipo penal requiere que la información que se revela sea secreta, que la divulgación carezca de causa y pueda causar daño[49], y que el autor de la revelación actúe dolosamente, es decir, que tenga la voluntad de violar el secreto profesional con el conocimiento de que lo hace sin justa causa.[50] Es condición también de la figura penal que la información haya llegado al autor del delito, en razón de su “estado, oficio, empleo, profesión o arte”. Aunque “oficio” y “empleo” comprenden cualquier clase de trabajo o función que cumpla, sea pública o privada, el vocablo “estado” es todavía más amplio e incluye a todos los que tuviesen determinadas situaciones o funciones.[51]

Dada a amplitud de la definición, no parece dudoso que la labor del árbitro quede comprendida dentro de las mencionadas en la ley, pues lo que se requiere, en definitiva, es que la información haya llegado a poder del sujeto, en razón de una particular relación con que se encuentra respecto del titular de aquella[52], relación que en muchos casos implica una alta dosis de confianza.[53]

3.2. *Algunas normas del derecho comparado*

La situación de los árbitros en relación con este delito no es uniforme en el derecho comparado.

3.2.1. Francia

El Código Penal francés describe la conducta punible como: “la revelación de una información de carácter secreto por una persona que sea depositaria de ese secreto por su estado o profesión, o en razón de una misión o función temporaria” (art. 226-13).[54] Dado que los árbitros acceden a la información relativa al caso, en razón de

su específica misión o función, y que por la relación de confianza que esta importa, pueden considerarse custodios, en los términos del Código Penal, de la información confidencial que las partes le suministran, su divulgación los hará responsables penalmente, en la medida que la información revelada pueda calificar como secreto.[55] Con todo, su alcance parece estar limitado: como no existe deber legal de confidencialidad para el arbitraje internacional[56] y el art. 226-13 del Código Penal solo aplica a secretos reconocidos legalmente[57], la conducta podría ser delito solo en árbitros actuando en arbitrajes domésticos.[58]

3.2.2. España

De modo similar, el Código Penal español castiga con penas de prisión y multa a quien “revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales” y al “profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona” (art. 199). Y la doctrina ha considerado que el árbitro podría incurrir en esta conducta, si revela información que ha obtenido en su condición de tal.[59]

3.2.3. Suiza

En Suiza, se ha considerado que la relación de confianza que crea el contrato entre las partes y los árbitros genera en cabeza de estos el deber de mantener en reserva la información obtenida en un arbitraje.[60] Sin embargo, aunque incurrirían en responsabilidad civil ante la violación de ese deber, no sería posible atribuirles responsabilidad criminal, dado que las normas del Código Penal que regulan la violación del secreto no aplican a los árbitros[61] que no son nombrados en ellas.[62]

4. Los árbitros y las negociaciones incompatibles con la función pública [\[arriba\]](#)

Algunos ordenamientos extienden a los árbitros la responsabilidad penal por el delito de negociaciones incompatibles con la función pública.

4.1. Su incorporación al derecho argentino

La Ley N° 27.401, sancionada a fines de 2017, con el propósito de establecer el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, modificó el art. 265 del Código Penal, que regula el delito de negociaciones incompatibles con la función pública. La conducta reprimida por esta norma es la del “funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo”.

El Código ya extendía la aplicación de esta disposición a personas que no eran funcionarios públicos: los peritos y contadores particulares, respecto de los bienes cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido; y los tutores, curadores, albaceas, síndicos respecto de los pertenecientes a pupilos, curados, testamentarias o concursos. A esta lista de sujetos “asimilados” a los funcionarios públicos, la ley agregó a los árbitros y amigables componedores: la parte final del art. 265 del Código ahora expresa que: “esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales”.

La norma reprime la conducta del funcionario público que se interesa en contratos u operaciones, en los cuales interviene en razón de su cargo, con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, lo que supone un desdoblamiento de la personalidad del funcionario, que actúa como interesado y como funcionario público al mismo tiempo.[63]

La jurisprudencia ha resaltado que la figura prevista en el art. 265 del Código Penal protege el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no solo sea imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad. Su aspecto medular radica en el desvío de poder que ejerce el funcionario, en desmedro del necesario interés unilateral que debe animar toda actuación de un órgano estatal, procediendo con tendencia beneficiante y condicionando, la voluntad negocial de la administración por la inserción de un interés particular. Por lo que el tipo penal no exige necesariamente el perjuicio para el Estado ni lucro personal del autor, siendo suficiente la inclinación de este demostrada en beneficio de un tercero en una operación negocial, aunque también salga favorecida la entidad estatal.[64]

En otro fallo, la Cámara Criminal y Correccional recordó que en numerosos precedentes, se adoptó un criterio amplio, entendiéndose que este delito también puede ser cometido por un funcionario que no contrata consigo mismo, siempre que vuelque sobre el negocio un interés ajeno al de la administración pública, pues: “lo relevante es el desvío de poder que ejerce el funcionario en desmedro del necesario interés unilateral que debe animar toda actuación de un órgano estatal, procediendo con tendencia beneficiante, condicionando la voluntad negocial de la administración por la inserción de un interés particular”.[65]

4.2. Algunas referencias comparadas

Varias legislaciones comparadas han también incluido a los árbitros entre los sujetos pasibles de incurrir en este delito.

4.2.1. Bolivia

El Código Penal de Bolivia describe el tipo penal del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, señalando que: “será aplicado a los árbitros, peritos, auditores, contadores, martilleros o rematadores, y demás profesionales respecto a los actos en los cuales por razón de su oficio intervienen y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los bienes pertenecientes a sus pupilos, curados, testamentarias, concursos, liquidaciones y actos análogos”, previéndose una pena privativa de libertad de cinco a diez años” (art. 150 bis).[66]

4.2.2. Costa Rica

El Código Penal de Costa Rica tipifica el delito de negociaciones incompatibles con la función pública, que pena al funcionario público que: “directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo, o al funcionario público que participe en una negociación comercial internacional para obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero”. Esta disposición “es aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, albaceas y curadores, respecto de las funciones cumplidas en el carácter de tales” (art. 354).

En relación con esta norma, se ha señalado que su autor es todo funcionario público que posee la competencia de negociar, pero “igualmente aplica para privados que no siendo funcionarios públicos cumplen una función pública, tales como árbitros (...) y se procura garantizar que ejerzan dicha función con independencia y objetividad”. [67]

4.2.3. El Salvador

El Código Penal de El Salvador también incluye expresamente en el delito de negociaciones ilícitas “a los árbitros, peritos, contadores y demás profesionales, respecto a los actos en que intervinieren por razón de su oficio, así como a los tutores y síndicos y a todo el que en virtud de cualquiera otra actuación legal interviniera en rendiciones de cuentas, particiones, concursos, liquidaciones y actos análogos” (art. 328).

4.2.4. España

Luego de describir la conducta punible de “la autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones” (art. 439), el Código Penal extiende su aplicación a “los peritos, árbitros y contadores partideros que se condujeran del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido” (art. 440).

Al respecto, autorizada doctrina ha señalado que si bien el régimen sobre responsabilidad del árbitro tiene un menor desarrollo que el de los jueces, no cabe duda de que, de la misma manera que un juez estatal y como órgano con potestad decisoria, el árbitro estará sujeto a responsabilidad penal en relación con los tipos establecidos en título XIX del Código Penal español. [68]

4.2.5. Chile

El Código Penal chileno contempla esta figura delictiva en el art. 240, señalando penas de reclusión, inhabilitación y multa para “el empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo”. Y en la parte final, prescribe que: “esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren, y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarias”. La norma también dispone que: “las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo dieran interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad, hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas a él por adopción”.

La disposición en análisis debe correlacionarse con el art. 321 del Código Orgánico de Tribunales, que prohíbe: “a todo juez comprar o adquirir a cualquier título para sí, para su cónyuge o para sus hijos las cosas o derechos que se litiguen en los juicios de que él conozca”, extendiéndose esta prohibición a las cosas o derechos que han

dejado de ser litigiosos, hasta cinco años desde que dejaron de serlo”. En su parte final, el art. 321 sanciona con la nulidad a todo acto realizado en contravención a él, “sin perjuicio de las penas a que, conforme al Código Penal, haya lugar”. Como explica la doctrina, la adquisición de los derechos litigiosos en las causas de su conocimiento es una de las conductas punibles en las que puede incurrir un árbitro, siendo constitutiva del tipo penal toda otra que implique interesarse o dar interés a las personas mencionadas en el art. 240 del Código Penal.[69]

4.2.6. Guatemala

Igualmente, el Código Penal de Guatemala reprime con prisión y multa al “funcionario o empleado público que, directa o indirectamente o por actos simulados, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo”, disposición que “es aplicable a los árbitros, peritos, contadores, tutores, albaceas y síndicos, con respecto a las funciones que como tales desempeñen” (art. 449).

5. Los árbitros y el cohecho [\[arriba\]](#)

Como se verá en este capítulo, esta es una de las figuras delictivas que más regulaciones ha tenido respecto de los árbitros en el derecho comparado. Por contraste, en el derecho argentino, no alcanzaría a los árbitros.

5.1. El derecho argentino

Dentro del título XI (que comprende los delitos contra la administración pública), el Código Penal argentino consagra dos figuras delictivas, cuya extensión a los árbitros ha sido materia de debate: cohecho y exacciones ilegales.

5.1.1. Características de las conductas punibles, en el derecho argentino

El art. 256 del Código Penal describe la figura genérica del cohecho, imponiendo pena de reclusión o prisión e inhabilitación especial perpetua, al “funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones”. Y el art. 257 contempla la específica figura del cohecho del juez, comprendiendo en ella la conducta del “magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia”.[70]

Por su parte, bajo el título de “exacciones ilegales”, el capítulo IX del título XI regula la conducta del “funcionario público, que abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden” (art. 266) y la del “funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores” (art. 268).

En relación con el cohecho, se ha señalado que no exige más que la aceptación de la dádiva ofrecida, sin que haya mediado pedido o exigencia de parte del funcionario, pues lo que caracteriza este delito es el compromiso venal que constituye su contenido, consumándose cuando ese pacto se perfecciona por la

aceptación del trato por parte del funcionario público. Mientras que el de exacciones ilegales es un típico delito doloso que sanciona las exigencias indebidas y arbitrarias, efectuadas con abuso de autoridad y en forma extorsiva y engañosa, mediante una conducta intimidatoria, bajo la amenaza de usar alguno de los medios coercitivos de la autoridad.[71]

Aunque forman parte de la misma matriz corrupta, estas dos figuras tienen diferencias. La acción típica de las exacciones ilegales es la existencia de un reclamo, de una petición, es decir, de una conducta activa que no se limita -como en el cohecho- a recibir o aceptar la dádiva que le ofrecen. En el cohecho pasivo, el funcionario toma lo que el particular le da, “es comprado” por alguien que, sin ninguna presión, le ofrece una dádiva; en las exacciones ilegales el funcionario “exige” o “se hace” pagar o entregar algo que aquel no le da espontáneamente sino presionado por el requerimiento o por temor a la autoridad.[72]

5.1.2. Su aplicación a los árbitros, de lege data

Cohecho y exacciones ilegales pertenecen a la categoría de delitos “especiales”, que requieren determinadas cualidades en la persona, como elemento subjetivo del tipo penal.[73] Por lo que de no darse esa condición, la conducta no será punible.

En efecto, los principios de reserva y de legalidad son pilares del sistema penal. Y en virtud de ellos, la punibilidad solo puede ser establecida por ley anterior a su comisión, enumerando taxativamente los ilícitos y sus penas. Ambos principios conforman la regla *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, que prohíbe la analogía técnica, consistente en sancionar un hecho recurriendo a una semejanza con otro que está definido en su texto. En otras palabras, la ley penal contiene una descripción concreta y precisa de las conductas amenazadas con pena, excluyendo la analogía que conduciría a sancionar como delitos hechos no previstos en la ley, mediante la extensión extralegal de lo ilícito.[74]

La doctrina, en general, comparte esta conclusión. Analizando específicamente la situación de los árbitros, se ha descartado su aplicación, porque al no pertenecer ni eventual ni temporalmente, a la Administración, tampoco podría vulnerarse el bien jurídico protegido con su venalidad.[75] Dayenoff explica que: “se discute acerca de si los árbitros y los amigables componedores pueden ser o no sujetos activos de este delito, predominando la opinión de que no son autores típicos del cohecho pasivo del juez”.[76] Fontán Balestra y Nuñez comparten esta posición, señalando que cuando la ley ha querido ampliar los sujetos por equiparación, lo ha dicho claramente, incluso con respecto a los árbitros, como en el caso del prevaricato.[77]

Difícil de comprender, en cambio, es la opinión de Soler y de Breglia Arias y Gauna, para quienes queda comprendido “el árbitro que tenga la calidad de juez”, más no los arbitradores y amigables componedores.[78] Esta línea argumental resulta confusa, ya que tanto los árbitros de derecho, como los amigables componedores, cumplen la misma función jurisdiccional y su principal diferencia (unos fundan sus decisiones en derecho y los otros en equidad) no es razón suficiente para distinguir su imputabilidad penal en orden a estos delitos.

Aunque al parecer, la referencia concreta a los árbitros como sujetos de estos delitos estaba contemplada en el Código Penal de 1887[79], no lo está en la legislación actualmente en vigencia. Lo que a la luz de los principios señalados

precedentemente, hace imposible la extensión de la responsabilidad penal por ellos a los árbitros.

5.1.3. Su aplicación a los árbitros, de lege ferenda

Siendo indiscutible, a nuestro juicio, que la aplicación analógica de estas normas a los árbitros o amigables componedores resultaría un exceso interpretativo violatorio del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, creemos que la conducta de quien, desde su condición de árbitro exige o acepta una dádiva, debería constituir un delito.

Los árbitros ejercen jurisdicción y dictan un laudo, cuyos efectos son iguales a los de una sentencia judicial, por lo que parece razonable aplicarles el mismo régimen que a los jueces. El hecho de no pertenecer los árbitros al Poder Judicial o al Estado en general, no parece razón suficiente para distinguir su responsabilidad penal. Si exigir o aceptar una dádiva para administrar justicia fielmente es una conducta penalmente reprochable para los jueces estatales, no se advierte por qué no debería serlo para los árbitros, que cumplen, aunque por voluntad de las partes, una función sustancialmente idéntica. Y si el legislador ha considerado que esa semejanza funcional justifica hacerlos penalmente responsables del delito de prevaricato, no se entiende que no adopte idéntico temperamento respecto de una conducta que tiene mayor gravedad.

En igual sentido, Gregorini Clusellas ha opinado que si bien los árbitros no pueden incurrir en los delitos de exacciones ilegales ni cohecho por no ser ni funcionarios públicos ni jueces, ello constituye “una omisión” del legislador.[80]

5.2. Algunas referencias del derecho comparado

Hay varios países que han extendido de manera expresa, la aplicación de esta figura (o similares) a los árbitros.

5.2.1. Alemania

En el capítulo 13, que contempla los delitos cometidos en “funciones públicas”, el Código Penal alemán tipifica varias figuras penales, que expresamente extiende a los árbitros: aceptar sobornos para llevar a cabo actos indebidos en relación con sus funciones (arts. 331.2 y 332.2), penalizando también a quien los ofrece (arts. 333.2 y 334.2).

5.2.2. Austria

A partir de la reforma que sufrió en 2008, el Código Penal austríaco reproduce, en términos generales, las normas referidas de la legislación alemana.[81]

5.2.3. Bélgica

El Código Penal de Bélgica tipifica el delito de corrupción en los arts. 246 y ss. La corrupción pasiva se configura cuando una persona que ejerce una función pública solicita o acepta recibir, directamente o por interpósita persona, una promesa o una ventaja de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, para realizar actos indebidos en relación con su función, y la activa cuando alguien ofrece un beneficio a aquel para que realice esas conductas (art. 246). Y el art. 249 prevé que: “cuando

la corrupción prevista en el art. 246 concierne a un árbitro y tiene por objeto un acto relevante de su función jurisdiccional, la pena será de prisión de uno a tres años y multa”.

5.2.4. Costa Rica

El Código Penal de Costa Rica contempla dos figuras de cohecho: el impropio[82] y el propio.[83] Y luego, agrava las penas cuando: “el autor fuere un juez o un árbitro y la ventaja o la promesa tuviere por objeto favorecer o perjudicar a una parte en el trámite o la resolución de un proceso, aunque sea de carácter administrativo” (art. 351).

5.2.5. Dinamarca

El Código Penal de Dinamarca dispone que quien otorga, promete u ofrece a alguien que actúa como árbitro, en Dinamarca o en el exterior, una dádiva u otro favor para inducirlo a hacer o dejar de hacer algo, en relación con sus funciones, será penado con multa o prisión, por un término que no excederá de un año y medio (art. 304-a.1); y que la misma pena aplicará a quien lo recibe o acepta (art. 304-a.2).

5.2.6. Ecuador

Hasta hace algunos años, el Código Penal ecuatoriano contemplaba la figura del cohecho o soborno para el caso del árbitro, citado expresamente en el art. 288: “El juez, el árbitro o componedor, el jurado que se hubiere dejado cohechar o sobornar serán reprimidos con cuatro a ocho años de reclusión mayor y privación del ejercicio de la abogacía, en su caso”. [84]

Sin embargo, la legislación penal actual (Código Orgánico Integral Penal del Ecuador de 2014) no incluye a los árbitros entre los sujetos pasibles del cohecho. El art. 280 solo menciona a “servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones”.

5.2.7. España

En España, el Código Penal describe como delito de cohecho, las siguientes conductas: (i) La de “la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar” (art. 419); (ii) La de “la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo” (art. 420); y (iii) La de “la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función” (art. 422).[85]

Y el artículo siguiente establece que: “lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública” (art. 423).

5.2.8. Francia

En Francia, los árbitros son penalmente responsables por los delitos de corrupción pasiva (arts. 434-9 y 435-7 del Código Penal),[86] y de tráfico de influencias pasivo (art. 434-9-1)[87], cometidos en arbitrajes domésticos. En arbitrajes internacionales[88], solo el primero de ellos constituye delito, pues respecto del segundo, el Código solo considera punibles a las personas que ejercen sus funciones en el seno o por cuenta de un tribunal internacional (art. 435-8).

5.2.9. Guatemala

También en Guatemala, el art. 439 del Código Penal prevé el delito de cohecho pasivo, que comete “el funcionario público, empleado público o quien ejerza funciones públicas, que solicite o acepte, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, a título de favor, dádiva, presente, promesa, ventaja o por cualquier otro concepto, para sí mismo o para otra persona, para realizar, ordenar, retardar u omitir un acto propio de su cargo”. El artículo siguiente considera agravante al caso en que “la dádiva o presente solicitados, recibidos, ofrecidos o prometidos, tuvieren por objeto la realización de un acto que constituya delito”. Y el art. 441 establece que: “lo dispuesto en los dos artículos precedentes es aplicable a los árbitros, peritos o cualesquiera personas que desempeñaren, ocasional o permanentemente, una función o cargo públicos”.

5.2.10. Honduras

En Honduras, la asimilación es igualmente expresa. El Código Penal regula las modalidades del delito de cohecho, básicamente consistente en la conducta del “funcionario o empleado público que solicite, reciba o acepte, por sí o a través de otra persona, dádivas, presentes, ofrecimientos, promesas o cualquier otra ventaja indebida para ejecutar un acto contrario a sus deberes” variando la pena si el acto en cuestión es constitutivo de delito (art. 361), si es “injusto”, pero no constitutivo de delito (art. 362) o si es la dádiva para abstenerse de ejecutar un acto que debiera practicar en el cumplimiento de sus obligaciones legales (art. 363). A continuación, el art. 364 prevé que: “lo dispuesto en los tres artículos precedentes tendrá aplicación a los árbitros, arbitradores, peritos o cualesquiera personas que desempeñen una función pública”.

5.2.11. Hungría

El Código Penal de Hungría prevé la aplicación a los árbitros de las figuras del cohecho, tanto activo (art. 295) como pasivo (art. 296), e inclusive equipara el concepto de “funcionario público” a los árbitros (art. 459.11.e).

5.2.12. Luxemburgo

El Código Penal de Luxemburgo prevé penas de reclusión de diez a quince años y multa, para todo “magistrado u otra persona investido de una función jurisdiccional,

todo árbitro o experto, sea nombrado por un tribunal judicial o por las partes”, que solicite o reciba, ilegítimamente y de manera directa o indirecta, ofertas, promesas, dádivas, obsequios o ventajas para cumplir o dejar de cumplir un acto relativo a su función. Y somete a las mismas penas a quienes los ofrecen (art. 250).

5.2.13. Panamá

El art. 346 del Código Penal de Panamá dispone que será sancionado con pena de prisión “el servidor público que, desempeñándose como miembro del Órgano Judicial o del Ministerio Público, autoridad administrativa, árbitro o cualquier cargo que deba decidir un asunto de su conocimiento o competencia, personalmente o por persona interpuesta, acepte, reciba o solicite donativo, promesa, dinero, beneficio o ventaja para perjudicar o favorecer a una de las partes en el proceso, o a consecuencia de haber perjudicado o favorecido a una de ellas”.

5.2.14. Paraguay

El art. 300.2 del Código Penal de Paraguay incluye en el cohecho al “juez o árbitro que solicitara, se dejara prometer o aceptara un beneficio como contraprestación de una resolución u otra actividad judicial que haya realizado o que realizará en el futuro”, quien será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. Asimismo, el art. 301.2 contempla la figura del cohecho agravado, reprimiendo con pena privativa de libertad de hasta diez años, al juez o árbitro que solicitara, se dejara prometer o aceptara un beneficio, a cambio de una resolución u otra actividad judicial ya realizada o que realizará en el futuro, y lesione sus deberes judiciales.

Como contrapartida, el art. 302.2 castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa a quien ofreciera, prometiera o garantizara un beneficio a un juez o árbitro, a cambio de una resolución u otra actividad judicial ya realizada o que realizará en el futuro; y el art. 303.2 agrava la pena (extendiéndola hasta un máximo de cinco años) al que ofreciera, prometiera o garantizara a un juez o árbitro un beneficio a cambio de una resolución u otra actividad judicial, ya realizada o que se realizará en el futuro, y que lesione sus deberes.

5.2.15. Perú

En el Perú, la política legislativa ha sido fluctuante. La Ley General de Arbitraje N° 26.672, promulgada en enero de 1996, había modificado el Código Penal, excluyendo a los árbitros de las figuras penales que los afectaban, consagrando una suerte de inmunidad (al menos penal) para los árbitros.[89] Sin embargo, pocos meses después, en junio de ese mismo año, se promulgó la Ley N° 26.643, que volvió a incluirlos como sujetos de los delitos de colusión, patrocinio ilegal y cohecho, este último, tanto en su versión pasiva, como activa.[90]

En la versión actualmente en vigencia, por un lado, se determina que incurre en el delito de colusión “el funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado” (art. 384).[91] Incurre en el delito de patrocinio ilegal, quien “valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública” (art. 385). A

continuación, el Código dispone que esas dos disposiciones “son aplicables a los peritos, árbitros y contadores Particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias” (art. 386).

Y por el otro, incluye a los árbitros entre quienes son pasibles de incurrir en el delito de cohecho, tanto en su faz pasiva, como activa. El art. 395 dispone la pena que corresponde al “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”; y al “magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que, bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento”. El art. 398 contempla la figura “cohecho activo específico”, aplicable a quien “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”.

5.2.16. Rumania

El Código Penal de Rumania tipifica los delitos de cohecho activo y pasivo en los arts. 289 y 290, y luego, prescribe que esas disposiciones aplicarán también, “a las personas que, como consecuencia de un acuerdo arbitral, sean designadas para resolver un caso que les fuera sometido, sea que se aplique o no la ley rumana, y sea que los miembros del tribunal sean rumanos o extranjeros” (art. 293).

5.2.17. Suiza

El Código Penal Federal suizo hace penalmente responsable al árbitro que acepta sobornos o beneficios indebidos para realizar actos contrarios a sus deberes (arts. 332 quat y 332 sext) y también, a quien los ofrece (art. 322 quinq).

5.2.18. Turquía

El Código Penal de Turquía, luego de definir la conducta punible del cohecho en términos similares a los de otras legislaciones, dispone que cuando la persona que solicita o recibe un soborno es un magistrado judicial, un árbitro, un testigo experto, un notario o un auditor profesional, la pena se incrementará entre un tercio y la mitad de la general (art. 252.7).[92]

6. La metodología legislativa para determinar la responsabilidad penal de los árbitros [\[arriba\]](#)

El tratamiento de la responsabilidad de los árbitros no es uniforme en el derecho comparado. En general, existen dos grandes aproximaciones: los países del common law sientan como regla la inmunidad de los árbitros, mientras que los del civil law parten del principio general de la responsabilidad. Especialmente, en orden a la responsabilidad penal, a su vez, algunas leyes establecen una asimilación genérica

entre árbitros y funcionarios públicos, mientras otras les extienden, caso por caso, determinadas conductas delictivas.

6.1. La inmunidad (civil) de los árbitros en el derecho anglosajón

En el derecho anglosajón, se considera que los árbitros, como los jueces estatales, deben estar exentos de responsabilidad para garantizar su independencia. La inmunidad es la forma de protegerlos del hostigamiento, que podrían sufrir de litigantes insatisfechos y de las presiones a que estarían sujetos por las eventuales consecuencias de sus decisiones.[93]

Tomando los precedentes del sistema judicial inglés[94], la Corte Suprema norteamericana sentó las bases de la inmunidad judicial en el caso “Bradley v. Fisher”[95], inmunidad que luego, los tribunales extendieron a los árbitros. Aunque se menciona un caso anterior en el que se desestimó una acción de responsabilidad contra un árbitro sin hacer referencia explícita a su inmunidad[96], el punto de partida de la inmunidad arbitral parece haber sido el caso “Jones v. Brown”[97], en el cual la Corte de Iowa aplicó el precedente “Bradley v. Fisher”, afirmando que no puede ser seriamente cuestionado que los árbitros son, “en cierto sentido”, una Corte. Poco tiempo después, los tribunales de Massachusetts confirmaron esta postura: rechazaron la demanda de una parte contra un árbitro, acusándolo de haber participado en una conspiración con el abogado de la contraparte, razonando que el árbitro es un funcionario “quasi-judicial”, que ejerce funciones judiciales y que merece la misma protección que los jueces o jurados en orden a preservar su imparcialidad, independencia y libertad de juicio.[98]

Ampliando este concepto, décadas más tarde, los tribunales de Nueva York explicaron que consideraciones de orden público justifican que los árbitros, como otros “funcionarios judiciales”, estén exentos del temor de sufrir represalias por parte de litigantes insatisfechos y de la influencia que ello pueda ejercer sobre su ánimo, porque no hay motivos para distinguir entre un juez y un árbitro: “la analogía es clara, y considerando el favor que los tribunales de este Estado dispensan al arbitraje, la misma regla de inmunidad que se reconoce a los jueces debe extenderse a los árbitros, porque las mismas razones de orden público son aplicables”.[99]

Sin embargo, la inmunidad de los árbitros no es ilimitada.[100] Por lo pronto, solo aplica a actos realizados con motivo o en ocasión de un arbitraje en el cual el árbitro presumiblemente tiene jurisdicción[101] y solo en orden a su responsabilidad civil.[102] En cambio, no son inmunes a la persecución penal: “los árbitros, como los jueces, están sujetos a castigo por los delitos en que incurran, sean o no cometidos dentro o fuera de los límites de su jurisdicción”[103]; a pesar de que su inmunidad prohíbe demandas de responsabilidad civil contra los árbitros, esa inmunidad “no los aísla de la responsabilidad criminal por fraude o corrupción”.[104]

6.2. La responsabilidad (en general) de los árbitros en el civil law y el tratamiento de la responsabilidad penal en el derecho comparado

En los sistemas de derecho continental, la regla es que los árbitros son civilmente responsables y en la medida que se encuentren tipificadas en la legislación, sus conductas pueden también aparejarles responsabilidad penal. Sin embargo, en este último aspecto, los legisladores han tenido distintos modos de establecer el régimen penal aplicable a los árbitros.

Algunas, como la brasileña o la holandesa, han efectuado una remisión general al régimen de responsabilidad penal de los funcionarios públicos. Otras, como la argentina y la española, han optado por extender a los árbitros puntualmente ciertos delitos originalmente consagrados para otros sujetos. El Perú tiene esta última orientación, aunque un proyecto de ley presentado al Congreso en 2017, avanza en la otra dirección. En Chile, además de estar asimilados particularmente en relación con algunos delitos, parece poder interpretarse que aplican a los árbitros todas las normas penales relativas a los jueces. En Colombia, a pesar de no haber referencias normativas directas, parece claro que el status de los árbitros, a partir de la Constitución y de las sentencias del Tribunal Constitucional, es asimilable al de los jueces estatales. En Bolivia, la Ley de arbitraje N° 1770 de 1997, establecía que: “los árbitros serán responsables civil y penalmente por el ejercicio desleal o fraudulento de su función, por los daños ocasionados y por los delitos cometidos en el arbitraje” (art. 15.II), disposición que sin embargo, no se ha incluido en la ley actualmente vigente.[105]

6.3. La equiparación, a los fines penales, de árbitros y funcionarios públicos

Como se señaló, existen varios países cuyos legisladores no han extendido puntualmente determinadas conductas delictivas a los árbitros, sino que han optado por una genérica asimilación entre los árbitros y los jueces estatales y, en algunos casos, más genéricamente, con los funcionarios públicos.

6.3.1. Brasil

Brasil es el ejemplo prototípico de esta asimilación: la Ley de Arbitraje (Ley N° 9307/1996) dispone, en su art. 17, que: “los árbitros, en cuanto al ejercicio de sus funciones o en razón de ellas, quedan equiparados a los funcionarios públicos, a los efectos de la legislación penal”. [106]

6.3.2. Canadá

En el Código Penal de Canadá, se dispone que, a los fines de los delitos regulados en la Parte IV (delitos contra la administración de justicia), la expresión “procedimiento judicial” significa no solo procedimientos seguidos ante órganos del Poder Judicial, sino también ante árbitros (art. 118, inc. d). Sin embargo, al tipificar los delitos de corrupción y cohecho (arts. 119 y 120), los circunscribe a funcionarios públicos, sin que parezca haber una asimilación de los árbitros a estos.

Colombia

A esta misma conclusión, podría llegarse en Colombia, no obstante, la ausencia de una norma expresa que así lo declare.

Como se sabe, la Constitución Política colombiana incluye a los árbitros entre quienes “administran justicia”. En su art. 116, la Constitución dispone que: “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. Por lo que, sin perjuicio de que la “habilitación” para administrar justicia provenga de un acuerdo de voluntades, la función de los árbitros es claramente jurisdiccional. La Corte Constitucional, inclusive, ha dicho que, en el derecho colombiano, los árbitros cumplen una función pública, asimilable a la judicial, desde que el arbitraje

“es un verdadero procedimiento judicial”, en el cual “los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia”. [107]

Ello ha permitido a un autor afirmar que la naturaleza jurisdiccional de la función de los árbitros es “sin ambages, la posición que ha asumido nuestro derecho positivo, la doctrina y la jurisprudencia”. [108] Y más recientemente, se ha resuelto que, aunque medie un acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, para habilitar a los árbitros, es la Constitución Política la que provee el fundamento último del arbitramento, lo cual implica que “los árbitros cumplen una función de tipo jurisdiccional”, inscrita dentro de la administración de justicia que, al tenor de lo dispuesto en el art. 228 de la Carta, es función pública. [109]

Siendo ello así, podría interpretarse que los árbitros se encuentran comprendidos dentro de los “servidores públicos”, a que se refiere el art. 20 del Código Penal, que dispone que “para todos los efectos de la ley penal”, “se consideran servidores públicos (...) los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria”. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha resuelto que: “los árbitros administran justicia [y] ejercen esa función propia del Estado (...) Si los árbitros están investidos de autoridad, tienen jurisdicción y competencia, si administran justicia, hay que convenir que son funcionarios públicos de carácter transitorio en el caso concreto sometido a su especial conocimiento, y que el ejercicio ilegal de funciones públicas los hace plenamente responsables, precisamente porque los delitos de responsabilidad nacen de modo exclusivo del ejercicio indebido de funciones públicas”. [110]

Debe recordarse que en algún momento, esta equiparación se encontraba expresamente plasmada en un texto legal: el art. 114 de la Ley N° 23 de 1991 establecía que: “los árbitros tendrán los mismos deberes, poderes y facultades que para los jueces se consagran en el Código de Procedimiento Civil, y responderán civil, penal y disciplinariamente en los términos que la ley establece para los jueces civiles de Circuito, a quienes se asimilan”. Aunque esta norma fue expresamente derogada por la Ley N° 1563 de 2012, por medio de la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, es posible interpretar que la naturaleza de la función arbitral no ha variado. [111] Aunque el Estatuto de Arbitraje no alude a la responsabilidad penal de los árbitros, sí extiende expresamente el régimen disciplinario de los jueces [112], ratificando lo dispuesto en el art. 55, párrafo 2, del Código Disciplinario Único aprobado por Ley N° 734 de 2002. [113]

6.3.4. Croacia

En lo que parece una equiparación similar a la de Brasil, el Código Penal de Croacia comprende a los árbitros dentro de la noción de “oficial público” (art. 87.3).

6.3.5. Chile

Como hemos visto, el Código Penal extiende expresamente a los árbitros los delitos de prevaricato y negociaciones incompatibles con la función pública. La duda es si, además, es posible extenderles otros tipos delictivos previstos para jueces o funcionarios públicos.

En 1984 [114], la Corte Suprema resolvió que los árbitros “tienen jurisdicción plena y deben responder de lo obrado en uso de dicha jurisdicción, siéndoles aplicables, por consiguiente, las disposiciones referidas a tal responsabilidad, contenida en el

párr. 8º del Título X del Código Orgánico de Tribunales”. [115] Y más recientemente, con base en aquel criterio, la Corte de Apelaciones de Santiago puso de manifiesto que: “en la prevaricación, delito cuyo sujeto activo debe ser empleado público que ejerza jurisdicción, quedan incluidos también los árbitros, de acuerdo al art. 227 N° 3 del Código Penal, pues tienen calidad de magistrado judicial, debiendo seguirse las mismas reglas que para los jueces ordinarios”. [116]

Etcheberry opina que, si bien el árbitro puede ser considerado un “juez”, no parece que pueda ser conceptuado como “empleado público” en sentido amplio [117], especialmente cuando el art. 260 del Código Penal, que enumera quiénes son reputados empleados públicos [118], no menciona a los árbitros. Por su lado, Vásquez Palma critica la conceptualización de los árbitros como funcionarios públicos judiciales y, aunque concede que, dada la naturaleza cuasi-jurisdiccional de las funciones que desempeñan, “resulta lógico hacer extensible algunas de las responsabilidades que son propias de los jueces a los árbitros, pero con matices” [119], parece estar refiriéndose a la responsabilidad civil más que a la penal.

6.3.6. Holanda

Holanda, uno de los países que cuentan con una legislación arbitral moderna, contiene además en su Código Penal, que el “servidor civil” y “juez” incluyen a los árbitros y a las personas que ejercen jurisdicción en materias en las que se administra justicia (art. 84.2). [120]

6.3.7. Indonesia

El Código Penal de Indonesia también prescribe que la expresión “oficiales y jueces” incluye a los árbitros (art. 92.2).

6.3.8. Singapur

De modo similar, el Código Penal de Singapur dispone que la expresión “servidor público” comprende, entre otros, a los árbitros u otras personas a quienes les fue sometida una cuestión para ser decidida o informada (art. 21.1 e)). Aunque genera alguna duda la expresión final de la norma, que parece indicar que esa designación debe haber sido hecha por un tribunal judicial o por otra autoridad “pública” competente. [121]

6.3.9. Venezuela

El Código Penal de Venezuela dispone que “para los efectos de la ley penal”, se consideran como funcionarios públicos a “todos los que están investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas, y tengan por objeto el servicio de la República” (art. 236.1), y que se asimilan a los funcionarios públicos, “desde el punto de vista de las consecuencias legales, los conjueces, asociados, jurados, árbitros, expertos, interpretes, testigos y fiscales durante el ejercicio de sus funciones” (art. 236.2).

6.3.10. Un proyecto legislativo en el Perú

Además del proyecto presentado en 2012, por una congresista para modificar el art. 418 del Código Penal e incorporar a los árbitros como sujetos activos del delito de

prevaricato[122], la cuestión de la responsabilidad penal de los árbitros volvió al debate público, a raíz de un nuevo proyecto, que pretende dar a los árbitros la condición de funcionarios públicos.

En efecto, en agosto de 2017, el fiscal de la Nación presentó al Congreso de la República un proyecto de ley, tendiente a modificar el art. 425 del Código Penal[123], con el objeto de tratar a los árbitros como funcionarios o servidores públicos cuando actúen en una controversia arbitral de la que forme parte el Estado.[124] Ello a pesar de que ni las disposiciones del derecho administrativo ni las del derecho penal incluyen a los árbitros entre aquellos que ostentan la categoría de funcionarios o servidores públicos.

Más allá de la justificación jurídica que el propio autor del proyecto ensaya en su mensaje de elevación, dos circunstancias explican la intención de expandir la responsabilidad penal de los árbitros: por un lado, desde la Ley de Contrataciones del Estado de 1998, el arbitraje es obligatorio para dirimir las controversias que surjan de la ejecución de los contratos que celebren las entidades públicas, lo que ha dado lugar a un crecimiento exponencial de los arbitrajes en el Perú; por el otro, en algunos casos, se verificaron conductas dolosas de los árbitros, que además han ganado los medios. Todo ello ha generado una reacción de algunos sectores, sino contra el arbitraje, al menos a favor de un mayor control en el desempeño de los árbitros, en cuestiones que afectan intereses públicos. En ese contexto, el proyecto se inscribe dentro de lo que su propio autor considera una herramienta eficaz para luchar contra la corrupción pública.

Este nuevo proyecto ha despertado fuertes críticas doctrinarias.

Rivas Caso, por ejemplo, sostiene que este proyecto “trae más problemas que soluciones” y es (i) incorrecto dogmáticamente, (ii) innecesario y (iii) peligroso. Lo primero porque el árbitro no es de ningún modo un funcionario público, y la asimilación es artificial porque supone atribuir a los árbitros una categoría a la que son ajenos, pues los delitos cometidos por funcionarios públicos atentan contra correcto y regular funcionamiento de la administración pública, bien jurídico que no puede ser afectado por los árbitros. Es innecesario porque el Código Penal ya permite sancionar a los árbitros que obtengan beneficios indebidos en el marco de sus funciones, fundamentalmente, a través de los delitos de colusión y cohecho pasivo. Y es peligroso porque abre una puerta a la obstaculización de la función arbitral, permitiendo que los árbitros puedan ser denunciados por abuso de autoridad, omisión, rehusamiento o demora de actos funcionariales, abandono del cargo, concusión o peculado, entre otros delitos propios de los funcionarios públicos.[125]

Kundmüller, por su parte, pone el acento en que, si bien el árbitro podría tener ciertas facultades de juzgamiento similares a las de un juez, su régimen económico y legal es el de un prestador de servicios profesionales, obligado a laudar y mantener la debida imparcialidad e independencia, por mandato de la ley y de la Constitución Política del Estado. Asimismo, señala que la norma propuesta no es proactiva ni eficaz para prevenir prácticas corruptas, para lo cual se requieren medidas sistemáticas y estrategias complejas para eliminar corrupción desde la raíz. El proyecto, agrega, solo logrará que se multipliquen las denuncias contra los árbitros, elevando costos ocultos, ahuyentando del arbitraje con participación del Estado a los profesionales más serios e íntegros, beneficiando a corruptos y corruptores.[126]

Buena parte de las críticas que Gandolfo Cortés[127], Bullard y Castillo Freyre expresaron respecto del proyecto de ley, tendiente a extender a los árbitros el delito de prevaricato[128], serían igualmente de aplicación a este proyecto.

6.4. La metodología del legislador argentino, y nuestra opinión

Nuestra legislación carece de un tratamiento completo e integral del problema de la responsabilidad penal de los árbitros y ha optado por hacer aplicable a los árbitros algunas conductas punibles pensadas para otros sujetos, sin abordar el problema en su totalidad.

Este enfoque no es malo per se y tiene innegables ventajas: delimita más claramente las conductas punibles en que pueden incurrir los árbitros y elimina las dudas que, como vimos, se plantean en otras jurisdicciones acerca del verdadero alcance de su responsabilidad penal. Sin embargo, lo que merece algún reparo es que no se advierte consistencia en el tratamiento penal de la figura del árbitro, y más bien pareciera que el legislador va incluyéndolos en distintos tipos delictivos, quizá tomando ejemplos del derecho comparado, pero sin demasiada coherencia.

De las normas reseñadas, es difícil percibir qué es, para el legislador penal, un árbitro. A los fines del prevaricato, los asimila a los jueces; y a los fines de las negociaciones incompatibles con la función pública, los asimila más genéricamente a los funcionarios públicos. Sin embargo, si para el legislador los árbitros son jueces o funcionarios públicos (o ambas cosas), no se entiende por qué no les extiende también, las figuras de cohecho y exacciones ilegales.

Tampoco nos parece adecuada la solución que propicia el proyecto de ley que se encuentra en discusión en el Perú, que lisa y llanamente declara “funcionarios públicos” a los árbitros, cuando intervengan en casos en que el Estado sea parte.

En primer lugar, porque una cosa es “asimilar” a los árbitros y a los funcionarios públicos a ciertos y específicos fines, y otra muy distinta es, como se propone en el proyecto de ley, declarar que los árbitros “son” funcionarios públicos. Por más trascendencia (y hasta importancia social) que se reconozca a la función que cumplen, los árbitros no son, no serán ni conviene que sean funcionarios públicos.[129] Y convertirlos artificialmente en tales no solo es impropio, sino que desnaturaliza el concepto de árbitro, tanto como el de funcionario público. Máxime si la condición del árbitro depende de quiénes sean las partes en el proceso: conforme el proyecto, serían funcionarios públicos cuando el Estado intervenga en el arbitraje, pero no cuando se trate de partes privadas. El objetivo que se persigue podrá ser loable, pero el medio que se propone para lograrlo no parece acertado. Nadie puede dejar de compartir la importancia de proteger al Estado de árbitros corruptos. ¿Pero acaso los particulares no merecen ser protegidos de árbitros corruptos?

En segundo lugar, porque del otorgamiento a los árbitros de la condición de funcionarios públicos en forma tan genérica e indiscriminada, pueden derivarse infinidad de consecuencias, algunas de las cuales quizá ni podamos imaginar. Por lo pronto, haría pasibles a los árbitros de muchos otros delitos en que pueden incurrir los funcionarios públicos, respecto de los cuales puede no existir justificación ni necesidad de extenderlo a aquellos.[130] Somos partidarios de proteger, inclusive mediante la amenaza de represión penal, la integridad del arbitraje. Pero una extensión de semejante amplitud solo pondría en riesgo la autonomía del arbitraje

y permitiría que, mediante denuncias penales a los árbitros, alguna de las partes logre interferir o paralizar un proceso arbitral. Una cosa es examinar qué figuras penales aplicables a los funcionarios públicos (o más precisamente, a los jueces) se justifica extender a los árbitros; y una muy distinta es exponerlos a una miríada de posibles persecuciones penales solamente libradas a la imaginación de quien quiera poner escollos a un proceso arbitral.

En tercer lugar, es innecesario, porque para que se les aplique un régimen penal similar al de los funcionarios públicos no se necesita convertir a los árbitros en tales. Es perfectamente posible “extender” o “hacer aplicables” a estos las conductas punibles previstas para aquellos. Y si se quisiese buscar una mayor precisión, la extensión no debería ser genéricamente respecto de los funcionarios públicos, sino en todo caso, de los jueces estatales, que también lo son, pero que cumplen una función comparable a la de los árbitros.

Aunque con algún matiz atenuante, el modelo brasileño[131] es pasible de algunas de esas críticas. La generalizada extensión del régimen de responsabilidad penal de los funcionarios es inadecuada porque existen delitos propios de funcionarios públicos “verdaderos”, que jamás podrán cometer los árbitros, y entraña el riesgo de que la criminalización de la conducta de los árbitros sea la nueva herramienta para que partes inescrupulosas entorpezcan, dilaten o directamente boicoteen los arbitrajes. Y en todo caso, hubiese sido preferible que la equiparación no se hiciese a “los funcionarios públicos” en general, sino a “los jueces”. Con ello, no se eliminaría el problema derivado de la traslación indiscriminada a los árbitros de un estatuto legal que les es impropio, pero al menos se atenuaría.

Con todo, las leyes de Brasil, Croacia, Holanda, Indonesia, Singapur y Venezuela no incurren en los dos desaciertos más notorios del proyecto peruano: no dicen que los árbitros “son” funcionarios públicos, sino que a los fines de la legislación penal, quedan “equiparados” a ellos; y no distinguen según quiénes sean las partes en el arbitraje. Aunque parezcan sutiles y poco trascendentes, esas diferencias no lo son tanto. Con ellas, por un lado, se preserva la esencia de las instituciones: no se contamina a una figura esencialmente privada como el árbitro, atribuyéndole una condición que ostensiblemente no tiene, y no se contamina a una categoría esencialmente pública como la de funcionario público, incluyendo en ella, figuras que ostensiblemente no reúnen la condición de tal.[132] Y por el otro, se mantiene la coherencia del bien jurídico tutelado, que no reconoce (o no debería reconocer) niveles de tutela distintos al Estado y a los particulares. Si es bueno y necesario preservar al arbitraje de la corrupción (y ciertamente lo es), es bueno cualesquiera sean las partes sometidas a él.

En resumen, creemos que la metodología más apropiada para lidiar con el problema de la responsabilidad penal de los árbitros es extenderles, expresamente, algunos tipos delictivos que justifiquen hacerlos pasibles de reproche criminal, pero sin equipararlos de manera general e indiscriminada, a los funcionarios públicos, cuando es evidente que no lo son.

7. Conclusiones [\[arriba\]](#)

Las dificultades que históricamente se han presentado para definir la naturaleza del arbitraje plantean similares dilemas a la hora de precisar el alcance de la responsabilidad penal de los árbitros. La doble condición de “contrato” y “proceso” del arbitraje[133], proyecta dudas sobre la función y la condición del árbitro. Parte de esa confusión tiene su origen en la hibridez propia del arbitraje: es una forma de

administración de justicia, pero privada y de fuente convencional. Quienes hacen prevalecer la primera condición propician la asimilación de las funciones de los árbitros a las de los jueces y, en general, razonan que la recta administración de justicia, así no sea ejercida por órganos estatales, debe ser protegida porque reviste interés general y, en orden a la tutela de las partes, el arbitraje requiere la aplicación de reglas similares a las que resguardan a las partes en procesos judiciales.

Este razonamiento no es del todo desatinado.

Para el caso en que fueron designados, los árbitros tienen verdaderas potestades jurisdiccionales, similares a las de un juez estatal: resuelven las cuestiones que les sometieron con efecto y valor de cosa juzgada y sus laudos están revestidos de la misma e idéntica fuerza que las sentencias de los magistrados del Poder Judicial. Se trata de una “jurisdicción de fuente convencional”: el arbitraje tiene de convencional que a él se llega, como consecuencia de un acuerdo de voluntades, que como tal, es regido por el derecho privado; pero es jurisdiccional, por la especial eficacia que el ordenamiento jurídico otorga a sus efectos, al reconocerle la misma tutela jurídica que a las sentencias judiciales y al admitir por esa vía la ejecución forzada del laudo.[134]

No nos parece que la condición de particulares que revisten los árbitros ni el hecho de que adquieran la condición de jueces por voluntad de las partes sean razones suficientes para limitar el alcance de su responsabilidad, en orden a ciertas conductas en particular. Las mismas razones que justifican castigar penalmente a jueces estatales que prevarican o que reciben sobornos o dádivas para favorecer a alguna de las partes en un proceso judicial, valen para los árbitros, quienes tienen una situación de poder sobre las partes igual, o aun mayor[135], que las de aquellos. El bien jurídico que se busca proteger, al exigir de los magistrados una conducta proba, decisiones fundadas solo en su interpretación de la ley y no influidas por intereses propios, debe ser igualmente protegido en el arbitraje. Aprovechar indebidamente su posición y del poder que supone la atribución del carácter de árbitro para causar deliberadamente perjuicios a las partes es una conducta que merece todo reproche, inclusive el penal, con independencia de la condición pública o privada del juez que incurre en ella, y del origen de esas atribuciones. Y las partes en un arbitraje no merecen, por el hecho de haber escogido voluntariamente esta forma de resolver sus controversias o de haber participado en la designación de quienes habrán de juzgarlos, menos protección que las partes en un proceso judicial.

Por ello, consideramos acertado que el legislador argentino haya extendido a los árbitros la calidad de sujetos pasivos de los delitos de prevaricato y de negociaciones incompatibles con la función que cumplen. Y también, pensamos que idéntica medida debería adoptarse, respecto de quienes exigieren o aceptaren sobornos o dádivas abusando de su cargo o a cambio del dictado de un fallo favorable.

Los árbitros son, genéticamente, prestadores de servicios, cuyos deberes y derechos surgen del contrato que los une con las partes. A pesar de ello, la especial índole de los servicios que prestan (administrar justicia) justifica equiparlos en ciertos aspectos a un juez estatal. Las partes merecen ser protegidas de jueces corruptos o cuyo proceder está influido por intereses personales, sin importar que hayan sido elegidos por ellas mismas o que pertenezcan a los órganos permanentes del Estado.

La independencia de juicio de los árbitros es un bien que requiere ser cuidadosamente preservado.[136] Y es precisamente por ello que en el derecho

anglosajón, se ha justificado atribuirles cierta inmunidad. Sin embargo, tampoco es razonable eximirlos completamente de toda responsabilidad. No ignoramos el riesgo de que la amenaza de una denuncia penal pueda ser utilizada por litigantes maliciosos, para entorpecer o paralizar un arbitraje o para remover a un árbitro del tribunal.[137] Sin embargo, un comportamiento delictuoso no debería dejar de ser tal porque el autor es un árbitro.[138] Y la existencia de un régimen de responsabilidad penal coherente también operaría como una salvaguarda, para evitar que las partes queden a merced de árbitros amañados o deshonestos.

Aunque la responsabilidad criminal de un árbitro es la garantía de su buena conducta, no dejamos de compartir la preocupación expresada por Bullard y Castillo Freyre, acerca de los riesgos de una utilización abusiva de ciertas figuras penales. Por lo que es también necesario evitar que ellas puedan ser empleadas como un arma por partes inescrupulosas, que buscan mediante una denuncia penal, impedir o dilatar un procedimiento arbitral. Una forma de conciliar ambos valores es limitar la capacidad de las partes de iniciar procedimientos penales contra los árbitros, especialmente durante el arbitraje. Ello podría lograrse dotando al fiscal de absoluta autonomía para desestimar denuncias contra los árbitros, reteniendo de ese modo el monopolio de la acción penal.[139]

No ignoramos que, en ciertos casos, especialmente cuando el Estado es parte en el arbitraje y en países, cuyo Poder Judicial no goza de total independencia respecto del poder político, el problema persistirá aun con esa solución. Pero ello, en definitiva, es un problema de mucha mayor extensión y gravedad, que debe ser atacado de otras maneras: el temor a la utilización extorsiva de la justicia criminal como herramienta de persecución y hostigamiento, con todo lo real que pueda ser en algunos países, no puede solucionarse omitiendo tipificar como delitos conductas que objetivamente, deberían serlo, sino en todo caso, mejorando la calidad de los funcionarios judiciales (fiscales y jueces) encargados de la represión penal.

Todo ello, finalmente, nos vuelve al punto que abordamos en el capítulo 6: el tratamiento de la responsabilidad penal de los árbitros no puede darse a través de espasmódicas y parciales extensiones de tipos penales ni tampoco mediante la indiscriminada asimilación de los árbitros a los funcionarios públicos. La solución más apropiada, a nuestro juicio, es establecer un régimen propio, coherente, sistemático e integral, que si bien puede tener como punto de partida la similitud de la función arbitral con la judicial, debe también atender las características propias y distintivas del arbitraje.

Ese régimen no puede dejar de contemplar mecanismos efectivos que eviten la utilización de denuncias penales como forma de chantaje o condicionamiento a los árbitros, o para impedir la prosecución del arbitraje u obtener por medios ilegítimos la remoción del árbitro. Pues de otro modo, lejos de garantizarse la independencia e imparcialidad de los árbitros, se brindará a litigantes maliciosos una poderosa herramienta para burlar la justicia arbitral.

Apéndice [\[arriba\]](#)

Cuadro Comparativo de las figuras penales en las que se incluye al árbitro

Prevaricato	Cohecho	Negociaciones ilícitas	Asimilación a funcionario público
Alemania	Alemania	Argentina	Brasil
Austria	Austria	Bolivia	Colombia

Bolivia	Bélgica	Costa Rica	Croacia
Costa Rica	Costa Rica	El Salvador	Holanda
Chile	Dinamarca	España	Indonesia
China	España	Chile	Singapur
Ecuador	Francia	Guatemala	Venezuela
El Salvador	Guatemala		
Emiratos Árabes	Honduras		
Guatemala	Hungría		
Nicaragua	Luxemburgo		
Paraguay	Panamá		
	Paraguay		
	Perú		
	Rumania		
	Suiza		
	Turquía		

Notas [\[arriba\]](#)

[1] El Derecho Penal es “el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora” (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: La ley y el delito, ed. Hermes, Buenos Aires, 1963, pág. 18).

[2] No por provenir de lingüistas y no de juristas, la definición que ofrece el Diccionario de la Real Academia Española de la voz “arbitraje” deja de ser técnicamente atinada: “Procedimiento extrajudicial para resolver conflictos de intereses mediante sometimiento de las partes, por mutuo acuerdo, a la decisión de uno o varios árbitros”.

[3] CAIVANO, Roque J.: “Algunas cuestiones penales en el arbitraje”, La Ley 1999-F-1280.

[4] Publicada en el Boletín Oficial el 1° de diciembre de 2017.

[5] Ver, como apéndice, un cuadro que muestra las principales figuras delictivas relativas a los árbitros en el derecho comparado. Vale señalar, a modo de advertencia, que ello no pretende ser una nómina completa y exhaustiva ni abarcar la universalidad de los regímenes comparados, sino que incluye a algunos países (aquellos a cuya legislación hemos podido acceder), y solo procura mostrar, ilustrativamente, el disímil tratamiento de la responsabilidad penal de los árbitros.

[6] La voz prevaricato es una combinación de dos palabras latinas: prae (delante) y varus (“patiabierto”, sobrenombre que se daba a quienes caminaban con las piernas torcidas) y alude, literalmente, a las personas que no caminan en línea recta sino de manera torcida u oblicua por tener torcidos los huesos de las piernas (MORENO, Rodolfo (h): El Código Penal y sus antecedentes, ed. H.A. Tommassi, Buenos Aires, 1923, tomo VI, pág. 267).

Fontán Balestra, por su lado, explica que: “prevaricar llaman los latinos a una manera especial de andar que tienen las personas cuyos huesos de las piernas son largos y al mismo tiempo torcidos; de modo que al andar producen un curioso movimiento de balanceo, por el cual pueden inclinarse ya al lado izquierdo ya al lado derecho mientras avanzan. Prevaricar significa caminar torcido, inclinándose a uno u otro lado” (FONTÁN BALESTRA, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, 10^a

ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, pág. 889).

[7] CSJN, 14/07/1977, “Servini, Eduardo y otros”, Fallos: 298: 810.

[8] Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, 18 de diciembre de 1964 (caso Sala, Ángel O.)

https://ar.vlex.com/vid/sala-angel-35220183?_ga=2.76896789.1250335663.1539370973-1451602184.1539370973.

[9] SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino, ed. TEA, Buenos Aires, 1992, tomo V, pág. 277.

[10] MALLO, Mario M.: Código Penal Argentino, comentado y sus leyes complementarias, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955, tomo III, pág. 346.

[11] MANIGOT, Marcelo A.: Código Penal de la Nación Argentina, Anotado y Comentado, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, tomo II, pág. 905.

[12] Informe de la Comisión de Reformas de 1891, citado por Soler, op. cit., tomo V, pág. 272.

[13] CREUS, Carlos: Derecho Penal. Parte especial, ed. Astrea, 6ª edición, 1998, tomo 2, págs. 317 y ss.

[14] Sobre la forma en que los tribunales colombianos han interpretado la labor del árbitro de equidad, ver POSSE VELÁSQUEZ, Daniel y POSADA ISAACS, Carolina: “La anulación del laudo arbitral por fallo en conciencia en Colombia y la reivindicación de la equidad como principio”, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, ed. Cevallos, Quito, 2010, págs. 241 y ss.

[15] “Lo que lleva implícito el juzgamiento por equidad es la necesidad de lograr que el resultado al que llega sea intrínsecamente justo, en función de la realidad concreta que debe resolver. Para ello, los amigables componedores pueden no sólo adaptar los principios y normas y flexibilizar su interpretación, sino aun dejarlas de lado, de modo de lograr una solución al conflicto sobre la base de criterios compatibles con los estándares propios de la actividad en la que se desenvuelve el conflicto” (CAIVANO, Roque J.: “Juicio arbitral de amigables componedores”, en ETCHEVERRY, Raúl A. y HIGHTON, Elena I. (dirs.): Resolución Alternativa de Conflictos. Arbitraje, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, tomo 1, págs. 123 y ss.).

[16] Al contrario, podría ser reprochable la conducta del árbitro de equidad que funda el laudo en derecho. En Francia, se ha discutido si es nulo, por faltar a la misión que las partes le encomendaron, el laudo dictado por un árbitro de equidad que está motivado en derecho. La conclusión que parece mayoritaria es que, si bien el amigable componedor no puede omitir fundar el laudo en equidad, puede invocar recurrir a la ley para apoyar su razonamiento, siempre que verifique que la solución que resulta de la aplicación de la regla de derecho es conforme a la equidad, y que haga hacer explícita esta circunstancia en el laudo (Cour de cassation, sala Civil, 1/02/2012, “Société d’Experts en Tarification de l’Energie (ETE) c. Société Gascogne Paper”, con nota de RIVERA, Julio César: “La motivación del laudo de equidad en la jurisprudencia francesa”, La Ley, 21/05/2013, págs. 5 y ss.).

[17] SOLER: op. cit., pág. 272.

[18] El bien jurídico protegido por esta figura penal es, en general, el correcto funcionamiento de la administración pública, en la medida que impide o perturba la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones (PEÑA CABRERA, Raúl: Delitos contra la Administración Pública, ed. Fecal, Lima, 2002, pág. 115).

[19] “La doctrina contemporánea, en forma mayoritaria y con ciertos matices, afirma que el bien jurídico tutelado en el delito de prevaricato es el correcto funcionamiento de la administración de justicia, entendida como institución fundamental para la convivencia social y desarrollo de las libertades y otros

principios democráticos de cualquier país, preservándola de comportamientos que comprometan la función y el servicio público que importen abuso de poder -esto es, arbitrariedades-, por parte de dichos funcionarios públicos, es decir, de la actuación arbitraria de los que integran los órganos jurisdiccionales” (PEÑA TERREROS, Luis: “El delito de prevaricato en la jurisprudencia y doctrina penales”, en Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, año 10, N° 77, Lima, 2005, pág. 65).

[20] SOLER: op. cit., pág. 271.

[21] Estas son condiciones exigibles a todos los árbitros, no importa cómo hayan sido designados.

[22] Modificado por el art. 34 de la Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas.

[23] SALAZAR, Alonso: “El delito de prevaricato en el Derecho Penal costarricense”, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 117, septiembre-diciembre de 2008, págs. 119 y ss.

[24] Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, 5/05/2006, Sentencia N° 389-2006.

[25] Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, 23/02/2005, Sentencia N° 115-2005.

[26] Por un lado, los arts. 224 y 225 no identifican a los sujetos pasibles de este delito. Por el otro, en la remisión del art. 227, tampoco se precisa cuáles son “los artículos precedentes”, cuyas penas se aplican a los sujetos allí contemplados.

[27] Para más detalles, ver un exhaustivo análisis de cada una de las múltiples conductas que describen las normas transcritas y su posible aplicación a los árbitros en ETCHEBERRY, Alfredo, “Aspectos penales del arbitraje”, en PICAND ALBÓNICO, Eduardo (ed.): Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, ed. Thomson Reuters La Ley, 2ª ed., Santiago, 2014, págs. 341 y ss.

[28] SONG, Lianbin y YANG, Xiaoqiang: “A critique of the crime of deliberately rendering an arbitral award in violation of law”, *Frontiers of Law in China*, vol. 11, N° 4, diciembre de 2016, págs. 718 y ss.

[29] XIAOSONG, Duan: “Criminal liability of arbitrators in China: Analysis and proposals for reform”, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 23, N° 2, 2014, págs. 343 y ss.

[30] Proyecto de Ley N° 1774/2017-MP, presentado por el fiscal de la Nación, Pablo Wilfredo Sánchez Velarde.

[31] Este proyecto se analizará infra, en el párrafo 6.3 del capítulo 6.

[32] Proyecto de Ley N° 2444/2012-CR.

[33] GANDOLFO CORTÉS, Ricardo: “No puedes mandar a la cárcel a quien no puede mandarte a ti a la cárcel”, *Arbitraje PUCP*, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 3, 2013, págs. 19 y ss. Con todo, el autor reconoce que era preciso adoptar medidas para evitar la corrupción en arbitrajes estatales, y para ello, proponía incrementar la transparencia, creando un “record arbitral”, que permita a quienes deban elegir árbitros contar con información oportuna y confiable acerca de cuántas veces y quiénes han designado a un determinado árbitro, las instalaciones en las que ha participado, las recusaciones de las que ha sido objeto, los laudos que ha emitido y las sentencias que eventualmente se han expedido respecto de aquéllos. Debe señalarse que estas medidas finalmente fueron adoptadas. El record arbitral puede verse en la página web del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado:

<http://portal.osce.gob.pe/osce/content/record-arbitral-de-osce>.

[34] La ausencia de referencias comparadas (fuera del Código Penal argentino) y la condición de particular que reviste el árbitro, quien a diferencia de jueces y fiscales (funcionarios públicos que han recibido un nombramiento estatal para administrar justicia) es un privado nombrado por las partes y unido a ellas por una relación contractual y no cumple ninguna función pública.

[35] BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo: “Mamarracho”, columna de opinión, diario El Comercio, 22/08/2015, accesible en <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/mamarracho-alfredo-bullard-199462>.

[36] TORRES MALDONADO, Marco Andrei y CASTILLO FREYRE, Mario: “¿Prevaricato para los árbitros?”, Entre el Derecho Civil y el Arbitraje, colección Biblioteca de Arbitraje del Estudio Castillo Freyre, 2016, págs. 305 y ss.

[37] En la medida que los árbitros no son funcionarios públicos.

[38] Dado que en el arbitraje hay herramientas suficientes para proteger la integridad en la actuación de los árbitros, como la posibilidad de recusarlos o el recurso de anulación contra el laudo.

[39] Señalan que, en los casos de árbitros deshonestos, el principal problema no está en que actúen de manera manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley o que citen pruebas inexistentes o hechos falsos, sino en que suelen adoptar criterios interpretativos que no se ajustan al verdadero sentido de las normas, utilizando criterios que no deberían prevalecer.

[40] La sola existencia de este precepto desalentaría a árbitros honestos, que no querrán pasarse la vida defendiéndose como denunciados en causas penales, alejando de la práctica arbitral a los más capaces y decentes. Adicionalmente, llevaría a que sobre los tribunales arbitrales penda siempre la espada de Damocles de una futura denuncia penal y que los litigantes avezados y carentes de cualquier consideración ética, amenacen permanentemente a los árbitros con denunciarlos penalmente si no laudan a favor de sus intereses.

[41] GU, Weixia: “Confidentiality revisited: Blessing or curse in international commercial arbitration”, *The American Review of International Arbitration*, vol. 15, N° 3-4, 2004, págs. 607 y ss.

[42] Aun antes de la sanción del C.C.C.N., se explicaba que “como regla general, los árbitros deben mantener secreto sobre el caso, sobre lo que conocen durante el procedimiento y sobre las deliberaciones que mantienen entre sí, obligación que subsiste después de dictado el laudo” (RIVERA, Julio César: *Arbitraje comercial internacional y doméstico*, ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, págs. 263 y ss.).

[43] Es un contrato distinto del contrato de arbitraje o acuerdo arbitral, pero derivado de él, que ha sido denominado en la doctrina francesa como “contrato de árbitro” (CLAY, Thomas: *L'Arbitre*, ed. Dalloz, París, 2001, págs. 475 y ss.), y que encuentra sus orígenes en el *arbitrium recipere* del Derecho Romano, consistente en un acuerdo que obliga al árbitro respecto de las partes a ejercer el oficio de árbitro, bajo pena de multa que podía imponerle el Pretor (DE CASTRO Y BRAVO, Federico: “El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXII, Fasc. IV, octubre-diciembre de 1979, págs. 619 y ss.).

[44] El consentimiento de cada una de las partes a celebrar este contrato es más evidente cuando ellas designan al árbitro de manera directa. Pero aun cuando esa designación sea hecha por un tercero, en definitiva, proviene del consentimiento previo de las partes, que facultaron a ese tercero a designarlo en su nombre (FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold: *Traité de l'arbitrage commercial international*, ed. Litec, París, 1996, pág. 618).

[45] Sería “inconcebible” que la confidencialidad no fuese parte del arbitraje comercial (LAZAREFF, Serge: “Confidentiality and arbitration: Theoretical and philosophical reflections”, *ICC Bulletin, Special Supplement, Confidentiality in arbitration*, 2009, págs. 81 y ss.).

[46] JARVIN, Sigvard y REID, Gregory: “La confidentialité dans l'arbitrage: Epilogue de l'affaire Bullbank: Note - Cour suprême de Suède, 27 octobre 2000”, *Revue de l'arbitrage*, 2001, N° 4, págs. 827 y ss. Ver, asimismo, CAIVANO, Roque J.: “Una mirada comparativa sobre la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 244, septiembre/octubre de 2010, págs. 609 y ss.

[47] CAIVANO, Roque J.: “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”, Revista Lima Arbitration, N° 4, 2010/2011, págs. 119 y ss.

[48] RIQUELME, Marcelo A.: “El delito de violación de secretos. Consideración general y su conexión con los deberes de denunciar y atestiguar”, Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología, marzo de 2016, IJ-VL-207, con cita de Creus.

[49] Por un lado, la conducta de quien revela un secreto profesional no es ilícita si el sujeto activo lo hizo en virtud de una justa causa (la existencia de una norma legal imperativa o permisiva, el consentimiento del interesado, la necesidad de defender el buen nombre profesional o de salvarse o salvar a otro de un peligro actual e inevitable de otro modo); y no basta con la simple divulgación de un secreto que se debió guardar, sino que además se requiere que dicha divulgación pueda causar un daño en el sujeto.

[50] DAYENOFF, David Elbio: Código Penal Comentado, ed. A-Z, Buenos Aires, 1993, pág. 156.

[51] MORENO (h), Rodolfo: El Código Penal y sus antecedentes, ed. Tomassi, Buenos Aires, 1923, tomo V, pág. 34.

[52] PERRAUD-CHARMANTIER, André: Le secret professionnel, ses limites, ses abus: étude théorique & pratique, ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1926, pág. 310.

[53] “La violación del secreto es siempre un pecado de infidencia, pues a la confianza debe corresponderse con la lealtad” (FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio: “El secreto profesional”, Revista Internacional del Notariado, Buenos Aires, 1952, págs. 117 y ss.).

[54] Comentando el art. 378 del Código Penal de 1810 (antecedente del actual art. 226-13), se explicaba: “Sin duda, la violación del secreto profesional puede causar un perjuicio a los particulares, pero esa razón no es suficiente para justificar su incriminación. La ley castiga esa conducta porque así lo requiere el interés público. El buen funcionamiento de la sociedad exige que el enfermo encuentre un médico, el litigante un abogado y el católico un confesor; pero ni el médico, ni el abogado, ni el cura podrían cumplir su misión si las confidencias que le son hechas no estuvieran protegidas por un secreto inviolable. Importa, por ello, al orden social que esas confidencias necesarias estén sujetas a la discreción de quien las recibe, y que el deber de silencio les sea impuesto, sin condiciones ni reservas, porque nadie se animaría a buscar su asistencia si pudieran temer la divulgación del secreto confiado. Así, el art. 378 tiene por objeto no tanto proteger la confidencia de un particular como garantizar un deber profesional indispensable para todos” (GARÇON, Emile: Code pénal annoté, ed. Sirey, 2ª edición actualizada por Rousselet, Patin y Ancel, París, 1959, tomo 2, comentario al art. 378). [Traducción libre de los autores].

[55] DELVOLVÉ, Jean-Louis, ROUCHE, Jean y POINTON, Gerald H.: French arbitration. Law and practice, ed. Kluwer Law International, 2003, págs. 101 y 102.

[56] El art. 1464 del Código Procesal Civil, que establece la confidencialidad como uno de los principios del arbitraje, no aplica al arbitraje internacional.

[57] Cour de cassation, Sala Criminal, 3/04/2002, Sentencia N° 11-85.571.

[58] Le Club des Juristes: “Report on the arbitrator's liability”, junio de 2017, accesible en http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/08/cdj_rapport_responsabilite-de-l-arbitre_juin-2017_uk.pdf, pág. 48,

[59] FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. II, N° 2, 2009, págs. 335 y ss.

[60] BUCHER, Andreas y TSCHANZ, Pierre-Yves: International arbitration in Switzerland, ed. Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basilea, 1989, pág. 65;

- BLESSING, Marc: "Requirements and expectations regarding a modern place of arbitration", en HONSELL, Heinrich, VOGT, Nedim Peter, SCHNYDER, Anton K. y BERTI, Stephen V. (eds.): *International Arbitration in Switzerland*, ed. Kluwer Law International, 2000, págs. 153 y ss.
- [61] JOLLES, Alexander y CANALS DE CEDIEL, Maria: "Confidentiality", en KAUFMANN-KÖHLER, Gabrielle y STUCKI, Blaise (eds.): *International arbitration in Switzerland: A handbook for practitioners*, ed. Kluwer Law International, 2004, págs. 89 y ss.
- [62] El Código Penal suizo sólo menciona a las autoridades y oficiales públicos (art. 320), y a los clérigos, abogados, notarios, auditores, médicos, dentistas, quiroprácticos, farmacéuticos, obstetras, psicólogos o sus auxiliares (art. 321).
- [63] BUOMPADRE, Jorge E.: *Derecho Penal. Parte especial*, ed. MAVÉ, Buenos Aires, 2003, tomo III, pág. 289.
- [64] CNCryCo., sala 2, 16/09/1996, "Tedesco Balut", causa N° 12.307.
- [65] CNCryCo., sala 1, 22/09/2005, "Decibe, Susana", con cita de otras sentencias de la Cámara: sala 1, 15/11/1990, "Martinez de Hoz"; ídem, 4/11/1997, "Lira"; ídem, 19/05/2003, "Dirección Nacional de la Propiedad Automotor"; Sala 2, 29/05/1996, "Nicolini"; ídem, 16/09/1996, "Tedesco Balut", entre otras.
- [66] Incorporado por el art. 34 la Ley N° 004 de 31 de marzo de 2010, de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas.
- [67] ARROYO CHACÓN, Jennifer Isabel: "Tipología de los delitos vinculados con la función pública en el ordenamiento jurídico costarricense", *Revista Escuela Judicial*, N° 116, 2016, págs. 111 y ss.
- [68] CREMADES, Bernardo: "El arbitraje en la doctrina constitucional española", *Revista Lima Arbitration*, N° 1, 2006, págs. 185 y ss.
- [69] ETCHEBERRY: op. cit.
- [70] El art. 256 bis, incorporado por Ley N° 25.188, prevé pena de reclusión o prisión e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, a quien "por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que este haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones", y agrava el máximo de la pena privativa de la libertad, cuando "aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia". Y el art. 258 reprime a quien directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los arts. 256, 256 bis o 257.
- [71] SC Bs.As., 16/11/1982, "Díaz, Omar", DJBA 124-345.
- [72] ORGEIRA, José María: "El funcionario público que pide una dádiva: conducta delictiva o atípica", *La Ley* 1983-A-725.
- [73] SOLER: op. cit., tomo II, pág. 296.
- [74] VIDAL ALBARRACÍN, H.G.: *Lineamientos de Derecho Penal especial*, ed. Juris Impres, Buenos Aires, 1978, págs. 19 y ss.
- [75] CREUS: op. cit., pág. 278.
- [76] DAYENOFF: op. cit., pág. 661.
- [77] FONTÁN BALESTRA: op. cit., pág. 848; NÚÑEZ, Ricardo C.: *Tratado de Derecho Penal*, ed. Gráfica Devoto, Buenos Aires, 1974, tomo VII, pág. 101.
- [78] SOLER: op. cit., tomo V, pág. 216; BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R.: *Código Penal Comentado*, ed. Astrea, 3ª ed., Buenos Aires, 1994, pág. 897.
- [79] SOLER: op. cit., tomo V, pág. 216.
- [80] GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L.: "El arbitraje y la responsabilidad de los árbitros", *La Ley*, 2008-F-816.
- [81] Sobre el alcance de estas disposiciones, ver WELSER, Irene: "Sweetening or

baiting. A new crime for arbitrators?”, en KLAUSEGGER, Christian et al. (eds.): Austrian Yearbook on International Arbitration 2013, ed. C.H. Beck, Munich, 2013, págs. 151 y ss.

[82] Es la figura penal en la que el funcionario público, por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto propio de sus funciones (art. 347).

[83] Que se consuma cuando el funcionario público por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja o aceptare la promesa directa o indirecta de una retribución de esa naturaleza, para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o para retardar un acto propio de sus funciones (art. 348).

[84] Código Penal de 1971, texto según Ley N° 75 de 2002.

[85] “En España, la regulación es más minuciosa y se encuentran delimitados distintos tipos de cohecho” (GOLDES, Ezequiel: “Cohecho, exacciones ilegales y concusión en Argentina y España. Un breve análisis en perspectiva comparada”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de la CABA, N° 7, abril de 2018, IJ-DXXXIV-13).

[86] Descripto como el hecho, cometido por un árbitro, de solicitar o aceptar, sin tener derecho a ello, en cualquier momento, directa o indirectamente, para sí o para terceros, ofertas, promesas, dádivas, presentes o cualesquiera ventajas para realizar o abstenerse de realizar un acto de su función o para facilitar su función.

[87] Consistente en solicitar o recibir esas prebendas para abusar de su influencia, real o supuesta, en favor de alguna de las personas mencionadas.

[88] El Código alude a “árbitros que ejercen su misión bajo el imperio de un derecho extranjero”.

[89] La Tercera Disposición Modificatoria de la Ley General de Arbitraje de 1996 los excluyó de las figuras previstas en los arts. 384, 385, 395 y 398 (colusión, patrocinio ilegal, cohecho pasivo y cohecho activo, respectivamente).

[90] KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz: “El Arbitraje Administrativo en Contrataciones y Adquisiciones del Estado”, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 57, 2004, págs. 221 y ss.

[91] El delito se agrava cuando efectivamente se defraudare patrimonialmente al Estado.

[92] Modificado por el art. 87 de la Ley N° 6352 de julio de 2012.

[93] DOMKE, Martin: “The arbitrator’s immunity from liability. A comparative survey”, University of Toledo Law Review, vol. 3, 1971, págs. 99 y ss.

[94] El que se cita como el leading case del Derecho inglés es el caso “Floyd and Barker”, de 1607: Floyd & Barker, 12 Co. Rep. 23, 77 Eng. Rep. 1305 (1607).

[95] US Supreme Court, 1871, “Bradley v. Fisher”, 80 U.S. 335 (13 Wall. 335, 20 L.Ed. 646). Como curiosidad, debe anotarse que el caso se originó en la acción civil iniciada por el abogado Joseph H. Bradley contra el juez George P. Fisher, presidente de la Corte Suprema del Distrito de Columbia por haberlo sancionado, debido a una conducta durante el juicio por el asesinato del presidente Abraham Lincoln. Bradley era uno de los abogados defensores de John H. Suratt, acusado de la muerte de Lincoln. Durante el juicio, en 1867, Bradley acusó a Fisher haberlo ofendido reiteradamente desde el comienzo de la audiencia y lo amenazó en términos insultantes. Debido a esa conducta, la Corte sancionó a Bradley prohibiéndole ejercer la profesión ante ella. Considerando que la sanción era injusta, arbitraria, fraudulenta, maliciosa y basada en hechos falsos, Bradley demandó a Fisher por daños y perjuicios reclamando una indemnización de US\$ 20.000.

[96] South Carolina District Court, 1803, “Shiver v. Ross”, S.C.L. (1 Brev.) 293 (1803).

[97] 54 Iowa 74, 6 N.W. 140 (1880). El árbitro demandó judicialmente a la parte perdedora en el arbitraje por el pago de sus honorarios, y esta lo reconvino por daños y perjuicios alegando que el árbitro había conspirado para defraudarlo,

[98] “Hoosac Tunnel Dock & Elevator Co. v. James O’Brian”, 137 Mass. 424 (1884).

[99] Supreme Court of New York, 1956, “Babylon Milk & Cream Co. v. Horvitz”, 151 N.Y.S.2d 221 (Sup. Ct. 1956).

[100] Ni tampoco está exenta de críticas. Al respecto, ver TRULLI, Emmanuela: “Liability v. quasi-judicial immunity of the arbitrator: The case against absolute arbitral immunity”, *The American Review of International Arbitration*, vol. 17, N° 3, 2006, págs. 383 y ss.

[101] Dicho de otro modo, la inmunidad cede cuando el árbitro actúa en “clara ausencia de toda jurisdicción”.

[102] En ese ámbito, un árbitro es absolutamente inmune frente a demandas por daños, y un poco menos respecto de medidas cautelares u órdenes judiciales.

[103] NOLAN, Denis R. y ABRAMS, Roger I.: “Arbitral Immunity”, *Industrial Relations Law Journal*, vol. 11, N° 2, 1989, págs. 228 y ss.

[104] Supreme Court of Minnesota, 29/11/1989, “L.H. Airco Inc. v. Rapistan Corp.”, 446 N.W.2d 372, Docket Nos. C2-88-1796, C4-88-1878, con cita de uno de los escasos precedentes que se conocen sobre el tema: “Earle v. Johnson”, 81 Minn. 472, 475, 84 N.W. 332, 333 (1900).

[105] Ley N° 708 del 25 de junio de 2015.

[106] Esta norma no fue modificada por la reforma a la legislación arbitral brasileña, según Ley N° 13.129 de 2015.

[107] Corte Constitucional, 28/11/2002, sentencia C-1038. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencias C-242 de 1997 y T-121 de 2002.

[108] PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto: “La función de los árbitros en el arbitraje colombiano”, *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, N° 17, mayo de 2004, págs. 111 y ss.

[109] Corte Constitucional, sala Plena, 22/05/2013, Sentencia C-305/13.

[110] Corte Suprema de Justicia, sala Penal, sentencia del 27/10/1977, citada por GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán: Régimen arbitral colombiano. Ley N° 1563 de 2012, ed. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, págs. 888 y 899.

[111] LÓPEZ, Hernán Fabio: *Instituciones de Derecho Procesal Civil colombiano*, Dupré Editores, 7ª ed., Bogotá, 1999, tomo II, págs. 866 y ss.

[112] Ley N° 1563 de 2012, art. 19: “En los términos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el control disciplinario de los árbitros, los secretarios y los auxiliares de los tribunales arbitrales, se regirá por las normas disciplinarias de los servidores judiciales y auxiliares de la justicia”.

[113] Código Disciplinario Único, art. 55, parágrafo 2º: “Los árbitros y conciliadores quedarán sometidos además al régimen de faltas, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses de los funcionarios judiciales en lo que sea compatible con su naturaleza particular. Las sanciones a imponer serán las consagradas para los funcionarios judiciales acorde con la jerarquía de la función que le competía al juez o magistrado desplazado”.

[114] CS, 26/09/1984, “Empresa Nacional de Minería”, citado en VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda: “¿Qué tipo de responsabilidad ha de aplicarse a un árbitro? Una mirada desde el Derecho comparado y chileno”, *El Mercurio Legal*, 14/12/2017, accesible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2017/12/14/Que-tipo-de-responsabilidad-ha-de-aplicarse-a-un-arbitro-Una-mirada-desde-el-Derecho-comparado-y-chileno.aspx>.

[115] Además de la responsabilidad civil, el art. 324 del Código Orgánico de Tribunales establece el régimen penal de los jueces: “El cohecho, la falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, la denegación y la torcida administración de justicia y, en general, toda

prevaricación o grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes imponen a los jueces, los deja sujetos al castigo que corresponda según la naturaleza y gravedad del delito, con arreglo a lo establecido en el Código Penal”.

[116] Corte de Apelaciones de Santiago, 16/08/2007, “Carlos Marco Antonio Trucco Brito c. Mario Manríquez Guerra”, citado por Vásquez Palma: op. cit.

[117] ETCHEBERRY: op. cit.

[118] Art. 260, Código Penal: “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

[119] VÁSQUEZ PALMA: op. cit.

[120] Criminal Code of Holland: Section 84.2: 1. “2. “Civil servants” and “judges” shall include arbitrators; “judges” shall include those persons who exercise jurisdiction in matters pertaining to administrative law”.

[121] “The words ‘public servant’ denote a person falling under any of the following descriptions: ... (e) Every arbitrator or other person to whom any cause or matter has been referred for decision or report by any court of justice, or by any other competent public authority”.

[122] Analizado supra, en el párrafo 2.2.12 del capítulo 2.

[123] Proyecto de Ley N° 1774/2017-MP, accesible en http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0177220170815.pdf.

[124] En la nómina de quienes son funcionarios públicos, a los fines de su responsabilidad penal, el proyecto prevé incluir a: “Los árbitros, siempre y cuando entidades u organismos del estado, inclusivas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, formen parte de la controversia arbitral”.

[125] RIVAS CASO, Gino: “¿Funcionario público por dónde? Los árbitros y el Proyecto de Ley N° 1774/2017-MP”, accesible en <https://www.enfoquederacho.com/2017/10/16/funcionario-publico-por-donde-los-arbitros-y-el-proyecto-de-ley-n-17742017-m-p/>.

[126] KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz: “Los árbitros como funcionarios: una propuesta mal enfocada”, accesible en <https://www.proetica.org.pe/blog/los-arbitros-funcionarios-una-propuesta-mal-enfocada/>.

[127] Quien también criticó este proyecto en particular. Ver, <http://edicionespropuesta.blogspot.com/2017/08/nuevamente-quieren-convirtir-los.html>.

[128] Ver supra, párrafo 2.2.12 del capítulo 2.

[129] Como se ha puesto de manifiesto, que se admita una analogía entre jueces estatales y árbitros no significa que lo sean exactamente: “Un árbitro es como un juez porque ejerce la misma función social, pero no es un juez. Un arbitraje es como un proceso porque como en este se dirime jurídicamente una controversia, pero no es un proceso judicial” (CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo: “Arbitraje: naturaleza y definición”, Derecho PUCP, Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 59, 2006, págs. 273 y ss.).

[130] La norma convertiría al árbitro en sujeto pasible, por ejemplo, del delito de enriquecimiento ilícito, tipificado en el art. 401 del Código Penal. Lo cual es absolutamente ajeno a la función arbitral, dado que los árbitros no administran recursos públicos ni sus ingresos provienen del erario. Y que, llevado al extremo, podría significar que los árbitros deban hacer declaraciones juradas de bienes.

[131] También, adoptado por Croacia, Holanda, Indonesia, Singapur y Venezuela.

[132] En los tiempos que corren, en especial en relación con el arbitraje, mantener incólumes ciertos conceptos no es una contribución baladí. Ya bastantes problemas

tiene el arbitraje producto de la incomprensión acerca de su significado y alcance, para que se le agreguen normas que generan más confusión.

[133] Condición evidente en nuestro ordenamiento, que lo regula como contrato en el C.C.C.N. (arts. 1649 y ss.) y como proceso, en el C.P.C.C.N. (arts. 736 y ss.).

[134] CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando: Tratado de arbitraje privado interno e internacional, ed. Civitas, segunda edición, Madrid, 1991, pág. 119.

[135] Debe recordarse que los laudos arbitrales son generalmente finales e inapelables.

[136] “Para la existencia de un buen arbitraje, resulta esencial que no exista ningún tipo de prevención que vicie el espíritu de quien ha de laudar” (MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto: “El árbitro en el Derecho Peruano”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Universidad Javeriana, vol. 3, N° 6, 2005, págs. 87 y ss.).

[137] “En el caso de los árbitros, de manera dolosa, algunos árbitros son denunciados por delitos como asociación ilícita para delinquir y prevaricato, incluso groseramente por lavado de activos. Estas son mañas de pésimos litigantes que para no cumplir con el laudo arbitral recurren a deshonestas denuncias” (CANELO RABANAL, Raúl: “Crítica al inquisitivo proceso penal. A propósito de la compulsiva convocatoria a diligencias orales de árbitros, peritos y notarios”, *legis.pe*, 11/08/2017, accesible en <https://legis.pe/compulsiva-convocatoria-diligencias-orales-arbitros-peritos-notarios/>).

[138] CLAY, Thomas: “L’arbitre, est-il un être normal?”, en *L’exigence de justice. Mélanges Robert Badinter*, ed. Dalloz, París, 2016, págs. 225 y ss.

[139] Le Club des Juristes: “Report on the arbitrator’s liability”, citado, págs. 40 y 58.