

El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos y responsabilidades penales derivadas de él: algunas notas*

Arbitration as an alternative dispute resolution mechanism and criminal law related to it: some reflections

Leopoldo Puente Rodríguez**
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen:

El arbitraje, como sistema alternativo a la jurisdicción para la resolución de controversias, se encuentra en auge y su importancia social y económica resulta enorme. Sin embargo, esa creciente trascendencia de la institución no se ha visto acompañada de una reflexión acerca del papel que el Derecho penal debe desempeñar en todo este ámbito. La tesis central de este artículo es que el ordenamiento penal actual no se encuentra en condiciones de hacer frente satisfactoriamente a un eventual fenómeno criminal arbitral. En cualquier caso, se exploran algunas de las opciones penales disponibles a día de hoy en los códigos penales peruano y español.

Abstract:

Arbitration has emerged as a prominent alternative to judicial adjudication for the resolution of disputes, gaining substantial social and economic significance. Despite its growing prominence, the role of criminal law in regulating and addressing misconduct within the arbitral process remains underexplored. This article posits that the existing criminal law framework is insufficiently equipped to effectively respond to potential criminal phenomena arising in the context of arbitration. Considering this, the study examines the current provisions and available responses within the Peruvian and Spanish criminal codes, highlighting both their strengths and limitations in confronting the unique challenges posed by arbitration-related offences.

Palabras clave:

Arbitraje-árbitros-medios alternativos de solución de conflictos-cohecho-prevaricación-negociaciones prohibidas

Key words:

Arbitration-arbitrators-alternative dispute resolution-bribery-misconduct in public office-prohibited negotiations

* Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del proyecto "Hacia una regulación racional de la protección penal del orden socioeconómico en el Siglo XXI" (PID2022-141610OB), cuyos investigadores principales son Bernardo Feijoo Sánchez y Enrique Peñaranda Ramos, ambos de la Universidad Autónoma de Madrid. Es este un "Proyecto de Generación de Conocimiento" del programa Estatal para impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-23.

** Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal (Universidad Autónoma de Madrid). Correo electrónico: leopoldo.puente@uam.es

1. Planteamiento

Hubo un tiempo en el que poner en valor la importancia de la jurisdicción como método de pacificación y de resolución de conflictos sociales era algo innecesario, prácticamente un lugar común. De hecho, en ocasiones se ha señalado que ese mecanismo por el cual el Estado resuelve las disputas entre sus ciudadanos (mediante una suerte de “expropiación parcial” del conflicto) constituye casi el paradigma de la civilización¹. Dado que todos los ciudadanos somos iguales, ninguno tendría, en principio, la autoridad para resolver legítimamente los conflictos entre nosotros. Esta potestad le sería, en cambio, atribuida al Estado (o, mejor, a los órganos estatales) como representante de la totalidad y por algunas buenas razones. Entre ellas destacaría el que, al menos en principio, la intervención estatal podría garantizar en conflictos entre partes privadas inherentemente desiguales unas ciertas garantías. También sobresaldría entre las posibles ventajas de este modelo la pretendida neutralidad con la que el Estado afrontaría el conflicto; y es que sus funcionarios (inamovibles e independientes) no se verían ni directa, ni indirectamente afectados por el litigio. Por supuesto, el modelo es imperfecto y la corrupción carcome la rectitud con la que debería ser aplicado. Se trata, en definitiva, de un buen modelo teórico que, en la práctica, se ha visto sometido a grandes tensiones que han deteriorado su funcionamiento.

En paralelo a los esfuerzos destinados a fortalecer la jurisdicción estatal han aparecido, sin embargo, otros que, amparados por una jerga moderna y una actitud visionaria, procuran suplantarla. Entre ellos destaca en el ámbito civil y mercantil, pero no solo allí, el arbitraje, que se ha instaurado progresivamente en

nuestros sistemas jurídicos². Las notas esenciales de este método de resolución de conflictos son de sobra conocidas: se trata de un mecanismo heterocompositivo (a diferencia, por ejemplo, de la mediación en la que un sujeto intenta que las propias partes lleguen a un acuerdo) en el que un tercero (o varios) toma una decisión definitiva en la controversia con efecto de cosa juzgada³. El asunto (que deberá versar siempre, claro está, sobre una materia jurídicamente disponible) ya no podrá someterse a la jurisdicción salvo para que, en casos excepcionadísimos y que no comportan “entrar en el fondo”, se proceda a anular el laudo (la “sentencia” del árbitro)⁴. Lo particular de este sistema es que los árbitros son sujetos privados (por lo general, abogados) que conocen del asunto porque así lo han acordado previamente las partes en el libre ejercicio de su autonomía⁵. La idea es sencilla: en un procedimiento civil el sujeto puede renunciar al ejercicio de su acción. El arbitraje sería una forma de renuncia al ejercicio de la acción: “si estos sujetos privados me resuelven el asunto sujetándose a unas ciertas formalidades legales, me conformaré con el resultado de su decisión, fuera o no el que deseaba”⁶.

De esta forma de resolución de conflictos son muchas las virtudes que son cantadas allá donde uno esté dispuesto a poner el oído⁷: se dice, especialmente, que son procedimientos más rápidos que aquellos otros que puede ofrecer una jurisdicción colapsada⁸ y también que los árbitros encargados de adoptar la decisión (que puede versar sobre materias muy complejas y, con frecuencia, con componentes internacionales)⁹ pueden encontrarse técnicamente más capacitados que los propios jueces¹⁰. Además, en ocasiones, se apunta también (de modo francamente llamativo)¹¹ a una mayor independencia de

1 Difícilmente se encontrará una descripción más elocuente que esta: “[e]n sistemas políticos avanzados, como en el Estado de Derecho, se atribuye al Poder público el uso ordenado de la fuerza en régimen de monopolio, prohibiendo a los individuos y a otros grupos sociales que por sí mismos puedan exigir coactivamente el cumplimiento de las reglas. Por todo ello, cuando se produce un conflicto jurídico, es decir, un conflicto en una relación que está regulada por el Derecho, la solución debe encontrarse precisamente en las normas jurídicas, lo que habrá de incluir también, llegado el caso, la utilización de la fuerza para lograr su observancia” (Moreno & Cortés, 2024, p. 40).

2 Así, Alonso Puig & Martín Rodríguez (2019, p. 217).

3 Vid., al respecto, Castresana (2017, p. 13).

4 Explica Fernández (2017, p. 240) que “[a]l quedar fuera de esta acción fiscalizadora las cuestiones que afectan al fondo del asunto, por tratarse de una función de mera homologación, le está vedado al juez de la anulación la verificación de si en el laudo contiene errores de derecho o de hecho”. Y es que, prosigue el autor citado, “el recurso de anulación no es una segunda instancia del proceso arbitral, las determinaciones del árbitro tanto en cuanto a los hechos materia de la controversia como a la interpretación que haga del Derecho aplicable y las conclusiones jurídicas a las que llegue, por más erradas que éstas pudieran estar, son inamovibles” (p. 246).

5 Precisamente su condición de sujetos privados hace que la efectividad de la actividad arbitral dependa inevitablemente de la colaboración de los demás poderes públicos (Julià, 2019).

6 Explica Castresana (2017, p. 27) que “la sumisión a arbitraje de las controversias implica la renuncia a la resolución de las mismas en la forma ordinaria por los jueces y tribunales, lo cual incide en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE”. Vid., sobre el fundamento de la autonomía como sustento del arbitraje, Fernández, Sánchez & Stampa (2018, p. 32).

7 En conexión con ello, señala González (2020, p. 151) que “[c]omo cantos de sirena, los altavoces que publicitan el arbitraje tan solo nos narran sus virtudes, guardando absoluto silencio sobre sus puntos débiles, pretendiendo así cambiar la tendencia ordinaria y que su implementación se configure como opción principal de los ciudadanos que reclaman la tutela de sus derechos, generando potenciales clientes con los que continuar llenando las arcas del goloso negocio arbitral. Pero no todo es tan idílico como se nos pinta”.

8 Así, Hernández-Gil (2019); Cadarso (2019). Aunque como advierte Esplugues (2020), la generalización del recurso al arbitraje está sometiendo dicha ventaja a mucha presión. Especialmente crítico con esta y otras pretendidas ventajas, González (2020).

9 Vid., sobre la problemática de la ley penal aplicable en esta clase de supuestos, Etxeberria Guridi (2020a).

10 Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos (2019) señala que en muchas ocasiones el arbitraje responde precisamente a las necesidades de especialización.

11 Si afirmo que resulta sorprendente dicha afirmación es porque, como muestra Ruiz Risueño (2017, p. 95), muchas cortes arbitrales se atribuyen competencia para remover al árbitro que pertenece a su propia institución (que puede ser removido también por voluntad

los árbitros, pues, en muchos casos, pueden estar involucrados los mismos intereses del Estado (piénsese, por ejemplo, en asuntos no tan infrecuentes, en los que una de las partes es, precisamente, el propio Estado; caso paradigmático de los arbitrajes en materia de acuerdos de inversión). Así, se señala que, al excluir a la jurisdicción y fortalecer el arbitraje, podría fomentarse la inversión en países en desarrollo de cuyo aparato estatal los inversores desconfían¹².

No cabe duda de que, en este sentido, el arbitraje está viviendo una “edad de oro”¹³. Lo atestigua con toda claridad su enorme (y, sin embargo, poco transparente) impacto económico. Aunque lo he intentado, no he sido capaz de encontrar una estimación de su impacto total en el mundo y tampoco yo me atrevo a realizarla. Sirvan, pese a todo, algunos datos para ilustrar un poco la situación. En 2023 la Corte de Arbitraje de Madrid (que es una de las muchas entidades dedicadas al arbitraje en dicha ciudad) gestionó asuntos por valor de 890 millones de euros y la cuantía media de sus disputas fue de 8,4 millones de euros¹⁴. Aunque es una de las entidades de arbitraje más importantes del municipio, no es la única. Por poner solo dos ejemplos más de la misma ciudad, en ese mismo año la Corte Española de Arbitraje tramitó asuntos por 156 millones de euros (siendo su cuantía media de 4,5 millones de euros)¹⁵ y el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid se ocupó de contenciosos por un total de 124 millones de euros (con una media de 4 millones de euros por asunto)¹⁶. Todos estos números quedan pequeños, sin embargo, si nos trasladamos al ámbito internacional y contemplamos los datos de una (de nuevo, una entre otras muchas) de las organizaciones internacionales dedicadas a ello: la Cámara de Comercio Internacional. En 2023, el montante medio de la controversia sometida a ella fue de 65 millones de dólares estadounidenses en asuntos nuevos y de 150 millones de la misma moneda en casos pendientes de resolución. Las cuantías totales, por su parte, en los asuntos ingresados ese año fue de 53.000 millones de dólares y el total de los gestionados aquel año de 255.000 millones de dólares¹⁷.

A la luz del impacto económico, costará poco imaginar la influencia social y política que este pueda llegar a tener. Explicarlo al lector iberoamericano me parecería una falta de respeto (pues con seguridad lo conoce, por suerte o por desgracia, mejor que yo), por lo que me limitaré a hacer tres apuntes:

1. Tal impacto es evidente en tanto el arbitraje puede resolver conflictos en los que se vean implicadas empresas estratégicas¹⁸.
2. Ese impacto resulta igualmente notorio porque en muchas ocasiones una de las partes sometidas a arbitraje es el propio Estado (¡que va a verse obligado por la decisión adoptada por un particular!). Soy consciente de que hay conceptos que, por alguna oscura razón, “envejecen mal”. El de “soberanía” es uno de ellos. Aunque la idea de “soberanía” y su valor como “condición de posibilidad” de cualquier proyecto político era transversal a los diversos planteamientos ideológicos, hoy, al menos en Europa, la “soberanía” parece haberse visto asociada (llamativamente) a planteamientos conservadores. En cualquier caso, quisiera hacer notar ahora que, si determinados organismos internacionales pueden, como con frecuencia se señala, suponer una amenaza para la soberanía, esto será todavía más claro en determinados supuestos de arbitrajes en los que el Estado se vea implicado. Así, unos distinguidos señores decidirán cuánto tiene que pagar o dejar de pagar un Estado soberano a una determinada empresa¹⁹.
3. Aunque es obvio que el impacto político y económico que han tenido los arbitrajes en Iberoamérica es enorme, este no se reduce a dicha zona geográfica. Si no yerro, España acumula en estos momentos 1.820 millones de euros de condenas como consecuencias de diversos laudos vinculados al ámbito de las energías renovables²⁰.

Así las cosas, no parece que quepa poner en tela de juicio el enorme poder que ejerce hoy el arbitraje

de las partes). Además, otras cuentan incluso con poderes disciplinarios sobre ellos (minorando, por ejemplo, el importe de sus honorarios) y pueden, incluso, revisar el contenido del laudo antes de su firma definitiva (al respecto, Garayo, 2019). Por todo ello, reivindicar luego una suerte de “inmunidad arbitral” para vedar cualquier clase de responsabilidad jurídica del árbitro durante el desempeño de su función para proteger su independencia (Fernández, Sánchez & Stampa Casas, 2018) resulta francamente sorprendente.

12 En este sentido, Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos (2019) defiende que el arbitraje constituye una “válvula de seguridad clave en el comercio internacional y para las inversiones extranjeras”. Vid., sobre ello, Lamela Fernández (2019, pp. 707-708).

13 De manera parecida, Barona Vilar (2020b).

14 <https://www.arbitramadrid.com/wp-content/uploads/2024/02/ESTADISTICAS-2023.pdf>

15 <https://cearbitraje.com/es/estadisticas>

16 <https://ciam-ciar.com/wp-content/uploads/2024/02/Estadisticas-Finales-CIAM-2023.pdf>

17 https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2024/06/2023-Statistics_ICC_Dispute-Resolution_991.pdf

18 Vid., por ejemplo, el interesantísimo artículo publicado pocos números atrás en esta misma revista de Leyva (2024) en el que se analiza la práctica arbitral vinculada al mercado eléctrico peruano.

19 Particularmente difícil de conciliar en este punto parecen los principios de confidencialidad (propio del arbitraje) y el de transparencia (propio de la actividad pública). El arbitraje en muchas ocasiones solo tiene sentido si es confidencial, pero, como ciudadanos, tenemos derecho a saber cómo y por qué una entidad estatal (o dependiente del Estado) puede ver mermados sus recursos económicos. Vid., para reflexiones al respecto, Merino (2019).

20 <https://cincodias.elpais.com/companias/2024-12-19/espana-acumula-una-deuda-de-1820-millones-por-los-laudos-sobre-el-recorte-de-las-renovables.html>

en el mundo, en general, y en algunos contextos específicos, en particular. La defensa de la institución parece ubicua, por todos lados proliferan los trabajos loando sus virtudes y afloran distintos organismos que pretenden fomentar (todavía más) el recurso a ella. No albergo duda alguna acerca de que el arbitraje, dentro de determinados límites, puede ser un recurso muy interesante. Pero lo que tampoco me suscita ninguna vacilación es afirmar que su régimen jurídico se encuentra aún por afianzar y muy señaladamente en lo relativo a su régimen de responsabilidad (y, todavía más concretamente, penal)²¹. Una máxima bastante razonable para un ordenamiento jurídico es la siguiente: ningún poder sin responsabilidad. Y merece atención también su desarrollo: a mayores poderes, mayores responsabilidades²².

A lo largo de las siguientes páginas trataré de ofrecer algunas reflexiones generales sobre las eventuales responsabilidades penales de los árbitros y lo haré partiendo de tres ideas que creo que deberían presidir la articulación de todo su régimen.

1. Discutir acerca de la responsabilidad del árbitro no supone dudar de la generalizada honestidad del colectivo al que pertenece, del mismo modo que defender la existencia del delito de prevaricación judicial no supone sembrar dudas sobre la honestidad de la judicatura en su conjunto²³. Se trata, sencillamente, de que es preciso contar con las herramientas jurídicas que nos permitan hacer frente a los casos patológicos que inevitablemente surgirán. Al fin y al cabo, al analizar esta clase de cuestiones se realiza una tarea parecida a la que se desarrolla cuando se diseña un programa de *compliance*. ¿Qué profesional encargado de tal tarea rechazaría la existencia de riesgos penales en una empresa en la que

unos pocos sujetos podrían decidir el destino de sociedades cotizadas o incluso países y frente a los que pasarán cantidades de dinero que nos resultan difíciles de imaginar?²⁴

2. Cuanto más “blindado” esté el laudo arbitral (la resolución por la que se pone fin a la disputa) mayor poder habrá en manos de los árbitros y más necesario será articular un régimen de responsabilidad adecuado²⁵. Es una reclamación constante de los profesionales del sector la de que sus decisiones deben ser prácticamente inimpugnables²⁶. La Ley de Arbitraje española y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional parecen partir de esa misma idea cuando contemplan únicamente como mecanismo para revocar el laudo arbitral una muy restrictiva “acción de anulación” ante la jurisdicción que atiende, prácticamente en exclusiva, a unas muy elementales cuestiones formales²⁷. De nuevo, la idea es sencilla: si los laudos son fácilmente impugnables, pierden su ventaja frente a la jurisdicción y no habría razón para no acudir directamente a ella²⁸. Ahora bien, no se debe desconocer que el hecho de otorgar efectos de “cosa juzgada” al laudo, como efectivamente sucede, tiene enormes consecuencias entre las partes (pero también para terceros acreedores del condenado, por ejemplo). El laudo supone un veto a la jurisdicción (al Estado) para conocer esa situación. Conceder esa posibilidad a un particular puede ser una opción de política-legislativa razonable, pero cuanto menos impugnable sea el laudo, más difícil será rechazar que los árbitros ejercen una función “cuasi-jurisdiccional” y más sencillo será reclamar unas responsabilidades penales acordes a ello²⁹.

21 Vid., sobre la cuestión relativa a la responsabilidad civil de los árbitros, Rodríguez (2020). En cualquier caso, los supuestos en los que se ha exigido responsabilidad civil a los árbitros en España han sido pocos (Verdera, 2020).

22 Vid., en un sentido parecido, en expresa alusión a los árbitros, Rodríguez (2020).

23 Sobre lo segundo, Ramos (2000).

24 Dejo de lado aquí otros aspectos potencialmente criminógenos del arbitraje que explica perfectamente Hernández (2019, p. 233): “[l]os abogados-árbitros, especialmente los de mayor relieve, pertenecen frecuentemente a grandes despachos, entidades a través de las cuales se extienden las relaciones comerciales y crecen los conflictos de interés. Además, como en la práctica los árbitros de parte son designados por los abogados de esa misma parte, se pueden producir designaciones cruzadas, lo que crea intereses mutuos y problemas”.

25 Etxeberria (2020b, p. 277) plantea algo parecido, aunque a la inversa, cuando señala que “[l]as reacciones de rechazo fruto de la desconfianza frente al arbitraje pueden desembocar en el incremento de las facultades de control estatal sobre la actuación arbitral a través de mecanismos como el de anulación o a través de la ampliación de los motivos que permiten denegar la ejecución de laudos arbitrales”.

26 Frente a la tendencia absolutamente generalizada, se muestra muy prudente Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos (2019).

27 La española Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje es clara en este punto. En su art. 41 establece los posibles motivos para interponer una acción de anulación, que son: que el convenio arbitral no exista o no sea válido, que una parte no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión, que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se hayan ajustado a esta ley, que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje o, finalmente, que el laudo sea contrario a orden público. Esta última causa es la que podría presentar un mayor contenido material y la que ha suscitado una mayor controversia judicial.

28 Como elocuentemente afirma Cremades (2019, p. 48) “[n]adie tomaría la opción de arbitrar para no solucionar nada y tener que terminar, tarde o temprano en la jurisdicción ordinaria”. Señala también, en conexión con ello, Fernández Rozas (2017, p. 246) que “[u]na revisión del fondo por parte de los tribunales estatales atentaría el principio a la eficacia de la justicia arbitral”.

29 Acierta al respecto Etxeberria (2020a, p. 17) cuando apunta que “[a]lgunas de las cuestiones e interrogantes que se plantean en torno a la responsabilidad penal en la que pueden incurrir los árbitros como consecuencia de la actuación de sus funciones arbitrales se

3. Hoy son muchos quienes defienden que es preciso diseñar un “entorno amigable” para el arbitraje, pues así se atraerán a ese espacio distintas controversias que podrían alimentar a la industria del arbitraje local³⁰. Prescindiendo de los problemas de “acción colectiva” que puede generar esta actitud si se generaliza, no creo que el establecimiento de claras y sensatas responsabilidades penales para los árbitros dé lugar a un entorno hostil para el arbitraje (para los árbitros quizás sí, pero para los arbitrados no). Yo, que me siento más próximo a un arbitrado que a un árbitro, preferiría someterme a un arbitraje en el que tenga todavía más razones para confiar en el árbitro³¹. Confundir un entorno amigable con el arbitraje con uno amigable para el árbitro parte de la inaceptable presunción de que los árbitros tratarían de disuadir a los potenciales arbitrados de elegir una determinada sede para el arbitraje por su propio y particular interés y en perjuicio de estos últimos³². Si así fuera, tendríamos más problemas que los imaginados.

Así las cosas, la tesis que defenderé sintéticamente en las siguientes páginas (y que espero desarrollar más pausadamente más adelante) es la siguiente: *no contamos con un régimen de responsabilidad penal acorde con la importancia y los riesgos penales de la función del árbitro*.

2. Nudo

2.1. ¿Inmunidad penal de la actuación arbitral en un entorno criminógeno?

Antes de abordar las distintas figuras delictivas por las que el árbitro podría ser hecho responsable en el

ejercicio de su actividad, conviene realizar una advertencia. Este sector ha operado hasta el momento con una práctica inmunidad penal³³. No me atrevo a aseverar que esto haya sido exactamente igual en Perú, pero no puede sino llamar poderosamente la atención que, hasta la fecha, exista en España solo una (y muy peculiar) condena a un árbitro por el ejercicio de su actividad (que, además, al momento de escribir estas páginas ni siquiera es firme). El asunto en cuestión parece poco representativo de los riesgos penales de la actividad arbitral y, por ello, no me detendré en él³⁴.

El fenómeno llama la atención, como se puede imaginar, por poderosas razones. Ya hemos visto, por ejemplo, que el entorno en el que la actividad se desarrolla parece altamente criminógeno³⁵. Además, la fuerte desregulación del sector no parece precisamente remar a favor de que *todos y cada uno* de los árbitros disfruten de una cualificación profesional y una probidad personal que permita alejar cualquier asomo de dudas sobre la rectitud de su actuar. Finalmente, sucede que obtener la condena penal del árbitro podría servir para abrir una vía de eliminación del laudo emitido (el recurso extraordinario de revisión civil), que, como vimos, es siempre difícilmente impugnabile³⁶. Habida cuenta de la importancia económica que estos asuntos pueden tener y sus escasas posibilidades de revisión judicial, esta vía extraordinaria podría haber servido de (perverso) acicate para acudir a la jurisdicción penal. Lo cierto, en cualquier caso, es que el sector del arbitraje se ha resistido a ese dulce envenenado³⁷.

2.2. Menciones expresas a la responsabilidad penal del árbitro

Así las cosas, es hora de contemplar las herramientas con las que puede contar el Derecho penal para hacer

hallan vinculadas, precisamente, con la naturaleza jurídica a la que responden dichas funciones”.

30 Vid., en este sentido (y crítico, a su vez, con una actividad judicial que, a su juicio, entorpecería su correcto funcionamiento), Cremades Sanz-Pastor (2019, p. 49). En opinión de Barona Vilar (2020b, p. 34), “[t]odas las últimas reformas han ido encaminadas a favorecer el arbitraje, especialmente el internacional, convirtiendo a España en un país *arbitration friendly*”.

31 Señalan la importancia que la confianza tiene en el arbitraje Díaz-Ambrona Medrano y Fernández de la Mela Núñez (2019).

32 No me resisto a transcribir la atinada reflexión al respecto de Etxeberria (2020a, p. 33): “[e]l interés de las partes en prevenir cualquier conducta arbitral que pueda hacer frustrar la confianza depositada por aquéllas en esta modalidad de resolución de controversias puede, sin embargo, no coincidir con el de los árbitros que preferirán someterse desde el punto de vista penal a un ordenamiento que no resulte excesivamente riguroso o punitivo. Conviene tener presente este potencial conflicto de intereses, pues en defecto de libre determinación por las partes, corresponderá a los árbitros fijar cuál será el lugar del arbitraje. Nuestra LA 2003 admite esta posibilidad, si bien la decisión de los árbitros ha de atender a las circunstancias del caso y a la conveniencia de las partes (art. 26.1), no a la de dichos árbitros”. En un sentido no muy distante se ha preguntado Verdura Server (2020, p. 269) si “con la intención de proteger la posición de los árbitros y favorecer el sosegado ejercicio de sus funciones no hemos diseñado un sistema de responsabilidad que, sí, favorece a los árbitros, pero disuade a las partes de someter sus controversias a arbitraje”.

33 No obstante, creo que tiene razón Etxeberria Guridi (2020a) cuando señala que es solo cuestión de tiempo que asuntos vinculados con la responsabilidad penal de arbitrajes dejen de parecer algo extraño.

34 El asunto en cuestión se produce en el marco de un litigio millonario entre Malasia y los herederos de un rico Sultán que, por razones históricas, termina sustanciándose en España en el marco de un procedimiento arbitral. El procedimiento comienza con un árbitro que es designado judicialmente y tiempo después el órgano que lo nombró decreta la nulidad de su nombramiento por razones vinculadas con una indebida notificación del procedimiento al estado malayo. El árbitro, pese a tener noticia de la resolución en que se anula su nombramiento, decide, sin embargo, proseguir ejerciendo dicha función (aunque trasladando la sede del arbitraje a un tercer país). La consecuencia de todo ello es que fue recientemente condenado por un delito de desobediencia grave (condena confirmada en apelación por la SAP Madrid, sección 23, 205/2024, de 15 de abril).

35 Etxeberria Guridi (2020b) considera “nada fantástica” la posibilidad de que el arbitraje se pueda convertir en un instrumento al servicio de actividades delictivas.

36 Lo advierte muy certeramente, en relación con el delito de cohecho, Calvo (2019).

37 Las reacciones a la única vez en que esto no ha sucedido en España han sido intensas y muy expresivas. Así, entiende Valls Martínez (2024, p. 11) que “acudir a la vía penal en lugar de utilizar las diversas soluciones contempladas en la LA [Ley de Arbitraje] nos parece una actuación procesalmente inadmisibles, ética y deontológicamente condenable y profesionalmente muy perturbadora,

frente al fenómeno criminal en el arbitraje³⁸. Una primera observación, ciertamente llamativa, es que los ordenamientos peruano y español muestran al respecto una estructura simétrica, aunque no idéntica en su contenido. En ambos casos existen, en lo que al árbitro como potencial sujeto activo de delitos se refiere, dos menciones aisladas y referidas a delitos muy concretos, aunque potencialmente vinculados con una indebida actuación arbitral.

En el caso español, el legislador establece dos cláusulas específicas (arts. 423 y 440 CP español) que prevén la posibilidad de que un árbitro pueda ser hecho responsable por el delito de cohecho pasivo y el de negociaciones prohibidas a los funcionarios, respectivamente³⁹. Ambas cláusulas parecen tener una vocación extensiva de la autoría⁴⁰. Y es que estos delitos solo pueden ser cometidos por funcionarios públicos, algo que, en principio, los árbitros no serían. Esta conclusión *podría* ser quizás precipitada en el caso español, habida cuenta de que en su ordenamiento penal existe, a su vez, una cláusula (art. 24 Código Penal español) que define qué habrá de entenderse como funcionario público *a efectos penales*. Hay consenso en la doctrina en dos extremos. Por un lado, se trata de un concepto más amplio que el propio del Derecho laboral o del administrativo⁴¹. Por otro lado, se requieren dos requisitos: uno de carácter más “material” (que el sujeto participe en el “ejercicio de la función pública”) y otro de corte “formal” (que lo haga “por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de la autoridad competente”)⁴². No procede ahora detenerse en detalle en la problemática suscitada en este punto por la legislación española, pero sí apuntaré sucintamente que, aunque todos los extremos señalados pudieran parecer problemáticos, todos ellos lo son menos de lo que una primera y precipitada aproximación podría sugerir. En cualquier caso, quizás la objeción más importante

podría hacerse recaer en que si el Legislador hubiera entendido que los árbitros pudieran ser considerados funcionarios públicos sin más, su específica mención en las señaladas cláusulas resultaría por entero superflua y que una interpretación atenta al principio de vigencia (es decir, una que reservara a cualquier precepto en vigor un verdadero espacio de actuación) debería vedar dicha posibilidad⁴³.

Observando ahora superficialmente el ordenamiento peruano (a través de los ojos de alguien que no es experto en él; razón por la que me pronunciaré con suma cautela), la situación resulta parecida. Por un lado, se contempla la posible responsabilidad penal del árbitro en lo relativo a un cohecho pasivo específico (art. 395 CP peruano). Y, por cierto, la regulación peruana supera a la española inmediatamente después cuando señala que quien soborna al árbitro cometerá un cohecho activo específico (art. 398 CP peruano), dado que, en el caso español, esto último no es evidente⁴⁴. Por otro lado, el art. 386 CP peruano establece una cláusula que hace que, en determinados casos, los árbitros puedan responder por los delitos de colusión simple y agravada (art. 384 CP peruano) y por el de patrocinio ilegal (art. 385 CP peruano).

Se comprueba así, con facilidad, que las específicas menciones que figuran en ambos textos penales en lo relativo a los árbitros parecen querer ofrecer un tratamiento parcial vinculado, más o menos estrechamente, con la corrupción pública. Se traza, en definitiva, un paralelismo entre la corrupción pública y la arbitral y se dispone que la segunda debe tener un tratamiento *similar* a la primera. En el caso español parece evidente que lo que se pretende al punir para el árbitro específicamente el delito de cohecho pasivo y el de negociaciones prohibidas es centrar la atención en no corromper la correcta

por configurarse el arbitraje como una disciplina en la que la reputación personal y la relación entre los miembros de la comunidad arbitral son elementos clave para un especialista en la materia”.

38 Ni en España, ni en Perú, la legislación penal distingue en atención a la clase de arbitraje ante la que nos encontremos. Vid., sobre ello, Rodríguez Mejía (2020).

39 Se contempla también expresamente la responsabilidad del árbitro en el art. 286 bis 4 CP, pero el precepto, centrado en la corrupción deportiva, se refiere claramente al árbitro deportivo, no al que ahora nos ocupa.

40 Vid., sobre la primera de ellas, Etxeberria (2020a) y sobre la segunda, Fernández (2018). Apuntan también a un propósito extensivo de la cláusula del art. 423 CP Valeije (1996); Olaizola (1999); Rodríguez (1999). Por otro lado, conviene señalar que, aunque la cláusula del art. 423 CP extiende con claridad la responsabilidad del árbitro a la conducta típica de cohecho pasivo, es discutible si la del art. 440 CP procede de igual modo o si contempla, en realidad, una conducta típica parcialmente distinta para este. En este último sentido se pronuncia, entre otros, Delgado (2008). La razón principal para tal aseveración reside en una farragosa redacción del precepto que, sin embargo, a mi juicio, no obliga a aceptar tal conclusión.

41 González (1997); Olaizola (1999); Delgado (2008); Mestre y Martínez (2011); Ortiz de Urbina (2023); Pozuelo (2024).

42 Vid., sobre ello, entre muchos otros, Valeije (1996); Olaizola (1999); Rodríguez (1999); Delgado (2008); Ortiz de Urbina (2023).

43 No obstante, tampoco esta dificultad resulta insuperable. De hecho, al analizar la primera de las cláusulas apuntadas (art. 423 CP), aunque prestando especial atención a su referencia a los miembros del jurado y no a los árbitros, Llabrés, Tomás-Valiente (1998) propusieron sugerentemente la vía para salvar este escollo. En cualquier caso, parece que ambos autores tienen razón cuando señalan que “el mantenimiento de la perturbadora previsión legal que el art. 422 [ahora art. 423 CP] representa obedece simplemente a razones de inercia, sin responder, en absoluto, a una opción meditada por parte del legislador. Y lo cierto es que éste pudo y debió atajar un equívoco que, de esta suerte, parece perpetuarse en nuestra legislación punitiva”.

44 No es evidente porque el art. 423 CP, que contempla la responsabilidad del árbitro por el delito de cohecho pasivo, extiende el concepto de autor para los “artículos precedentes”. Es en el artículo posterior (424) en el que se tipifica el cohecho activo. En él se prevén tres apartados. En los dos primeros se hace alusión como sujeto “sobornado” a la “autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública”. En el tercero solo a “la autoridad o funcionario”. Esto último tiene sentido por las materias sobre las que versaría el cohecho activo en este apartado final. En los dos anteriores no es indiscutible que el árbitro encaje en el concepto de “persona que participe en el ejercicio de la función pública”. El art. 423 CP puede ser leído en este punto de modos divergentes.

formación de la voluntad del árbitro⁴⁵. Claramente, si lo que pretende la criminalización del cohecho es garantizar la imparcialidad de la Administración y su correcto funcionamiento, es sencillo entender que lo pretendido con la cláusula que incorpora al árbitro al elenco de sus potenciales sujetos activos es proteger su propia imparcialidad⁴⁶. Algo ligeramente distinto parece suceder en el caso peruano, pues en él no se atiende solo a no viciar la voluntad del árbitro, sino que también trata de impedir algunos de sus *efectos* (arts. 384 y 385 CP peruano).

2.3. Otras posibles responsabilidades penales del árbitro

En cualquier caso, parece claro que las específicas manifestaciones en ambos textos legales no agotan los delitos que eventualmente cabría imputar a un árbitro en el ejercicio de su actividad⁴⁷. El listado de potenciales delitos ligados a una mala praxis es largo: apropiación indebida por no emplear adecuadamente una provisión de fondos o no reintegrarse el eventual excedente, revelaciones de secretos de diversa clase (personales o de empresa) por infringir el deber de confidencialidad, estafa por no desempeñar finalmente el encargo, etc. A continuación, quisiera prestar una desigual atención a dos figuras delictivas concretas que podrían tener alguna especial importancia: la administración desleal y la prevaricación judicial.

En cuanto a la primera, solo quisiera señalar, casi a título de hipótesis, que, con el ordenamiento español en la mano, no resulta impensable que un árbitro pueda ser entendido como alguien que tenga “facultades para administrar un patrimonio ajeno (...) asumidas mediante un negocio jurídico”, satisfaciéndose así los requisitos que para la autoría del delito de administración desleal se fijan en el art. 252 CP español (mucho más difícil, por cuestiones de estricta legalidad, es afirmar algo así con respecto al delito de administración fraudulenta del CP peruano). Al fin y al cabo, el árbitro recibe el encargo de dos (o más) partes de decidir cómo redistribuir entre ellas sus respectivos patrimonios y dicho encargo es aceptado mediante un negocio jurídico. Es cierto que el árbitro ejercerá dicha función de un modo, en principio, muy acotado

en el tiempo, pero, aunque es evidente que no era este el modelo de administración desleal que el Legislador “tenía en su cabeza”, no es un requisito de este tipo penal que la actividad del administrador deba prolongarse por un determinado periodo de tiempo⁴⁸. Así las cosas, si el árbitro causare un perjuicio económico a uno de sus administrados tras infringir sus deberes, el ordenamiento jurídico español contaría, al menos, con este mecanismo para fiscalizar penalmente no sólo la formación de la voluntad del árbitro, sino también su efectiva cristalización indebida.

La segunda conducta típica que quisiera analizar someramente es la de la prevaricación judicial (o prevaricato, en la terminología jurídica peruana)⁴⁹. La cuestión puede parecer sencilla. Tanto el art. 418 CP peruano, como el art. 446 CP español son delitos especiales⁵⁰. De este modo, en ambos casos, los sujetos activos parecerían bien delimitados (“el Juez o el Fiscal”, en el caso peruano; y “el juez o magistrado”, en el caso español) y los árbitros quedarían manifestamente fuera de dichos contornos. La cuestión, sin embargo, es algo más compleja. De hecho, algunos muy cualificados autores han estimado de manera muy minoritaria, por diversas razones, que no sería contrario al principio de legalidad entender que los árbitros puedan también ser sujetos activos de estos delitos⁵¹.

Un punto de partida básico de dicho razonamiento, este sí ampliamente extendido, es que, en realidad, la determinación del sujeto activo de estos delitos no resulta tan precisa como parece a primera vista⁵². ¿Qué significa ser “juez o magistrado”? ¿Incluye o excluye eso, por ejemplo, a los consejeros del Tribunal de Cuentas o a los magistrados del Tribunal Constitucional? Lo decisivo no parece que pueda ser que la denominación oficial contenga alguno de los términos “juez o magistrado”. Entonces, ¿no prevaricaría un consejero del Tribunal de Cuentas, pero sí, en cambio, un “juez de silla” de un partido de tenis al dictar resoluciones antirreglamentarias? Parece absurdo. Y para evitar sinsentidos de esta naturaleza la doctrina suele propugnar acudir a una suerte de “concepción material” de juez que atienda, esencialmente,

45 La doctrina mayoritaria entiende que detrás de la criminalización de las negociaciones prohibidas se encuentra el propósito de proteger la imparcialidad de la Administración (Fernández, 2018, p. 77). Como explica con claridad Jareño (2015, pp. 25-269), “lo que castiga el artículo 439 es que al ‘mezclar negocios públicos y privados’ dicho funcionario no actúa de forma imparcial”. Muy expresiva también en este sentido es Pozuelo Pérez (2024, p. 1928) cuando señala que este precepto “pretende evitar el riesgo de que los intereses privados prevalezcan sobre los públicos, poniendo en entredicho la objetividad e imparcialidad de la función pública”.

46 Vid., sobre la protección de la imparcialidad de la Administración mediante la criminalización del delito de cohecho, entre otros, Valeije (1996); Rodríguez (1999); Valverde (2023).

47 Etxeberria (2020a).

48 Advierten atinadamente Carracedo Carrasco/Maraver Gómez (2024, p. 1379) que el delito de administración desleal constituye “un tipo genérico, no circunscrito al ámbito societario”. En igual sentido, Pastor Muñoz/Coca Vila (2023, p. 370). Además, “a la hora de determinar los potenciales sujetos activos, la discusión ya no está centrada en qué debe entenderse por administrador de hecho, sino que ahora versa sobre la determinación de la posible inclusión de los sujetos en las tres fuentes de atribución de las facultades recogidas en el tipo penal” (Carracedo & Maraver, 2024, p. 1381).

49 Vid. el muy interesante trabajo de Flores (2022) sobre algunas de las cuestiones teóricas más sugerentes que comprende este delito.

50 Lo señala, sobre el segundo, García (1990).

51 De forma algo confusa, Güidi (2006); más preciso, Pedreira (2007). Adhiriéndose expresamente a este último, también Etxeberria (2020a).

52 Así, Ramos (2000); Ferrer (2002); Pedreira (2007; 2011).

a su función⁵³. Esto nos remite ineludiblemente a las (no tan nítidas como a veces se pretende) funciones de carácter judicial y es en este punto en el que el arbitraje emerge de nuevo, pero bajo una luz distinta.

El Tribunal Constitucional español ha sostenido en multitud de ocasiones que el arbitraje constituye un “equivalente jurisdiccional”⁵⁴. Aunque esta caracterización ha sido objeto de una discusión profunda (incluso dentro del propio Tribunal Constitucional, en el que el concepto ha ido evolucionando)⁵⁵, parece que es, *en lo sustancial*, correcta. Y lo es particularmente si se repara, de nuevo, en el efecto de cosa juzgada que el ordenamiento jurídico reconoce al laudo arbitral y que, consecuentemente, surte efectos *erga omnes*⁵⁶. Quien suscriba un contrato en el que en una de sus centenares de cláusulas se contemple la obligación de someter futuras disputas contractuales al arbitraje no podrá acceder luego a la jurisdicción y serán los árbitros quienes habrán de ofrecerle una resolución que surtirá efectos jurídicos. Además, y en esto se repara poco por lo habitual, la Ley de Arbitraje española prevé la posibilidad de que los árbitros (que se verán asistidos por los tribunales legalmente forzados a prestar su colaboración) adopten medidas cautelares y demanden la asistencia judicial precisa para la práctica de las pruebas que estimen oportunas⁵⁷.

Así las cosas, seguramente sea cierto que los árbitros no desempeñan una función jurisdiccional, pero parece que el prefijo “cuasi” está muy bien fundamentado⁵⁸. Además, que el art. 117 CE hable de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” en referencia al ejercicio de la jurisdicción no comporta que, por la natural imposibilidad de los árbitros de ejecutar por sí mismos sus laudos, no quepa afirmar esa (cuasi)jurisdicción⁵⁹. Conviene recordar que hasta 1998 en España la jurisdicción contencioso administrativa carecía de un procedimiento de ejecución (era la propia Administración quien, por sí misma, debía hacer valer los fallos judiciales en este punto) y nadie ponía en duda que, por ese hecho, dicho orden no fuera verdaderamente jurisdiccional⁶⁰.

En paralelo, resulta extraño que un “Juez de Paz” en España, que no tiene por qué tener siquiera estudios de Derecho (art. 101 LOPJ) y que no puede resolver asuntos por cuantías superiores a 90 euros (art. 47 LEC) si sea indiscutiblemente considerado un sujeto apto para cometer el delito de prevaricación judicial. Desde una perspectiva material resulta difícil entender por qué este último sí y los árbitros de una importante disputa comercial no⁶¹.

Sea como fuera, en Derecho penal no importa solo la perspectiva material y, a mi juicio, el principio de legalidad no nos permite hoy defender que el árbitro

53 Vid., entre otros, Ramos (2000); Pedreira (2007; 2011); Etxeberria (2020a, p. 167).

54 Inicialmente, la STC 43/1988 entendió directamente que los árbitros ejercían una jurisdicción propia. La STC 62/1991, sin embargo, matizó y comenzó a hablar de “equivalente jurisdiccional” (línea que fue seguida por las SSTC 288/1993, 174/1995, 146/1996, 176/1996, 196/1999, 31/2010, 18/2011, 32/2016 y 1/2018). Esta consolidada línea constitucional fue profundamente alterada (en la línea ya anunciada previamente en algún voto particular) por la STC 17/2021, que da comienzo a una nueva etapa en el arbitraje que pasa a estar casi violentamente protegido por el Tribunal Constitucional frente a cualquier pretendida “injerencia” por parte de los órganos judiciales. Apuntalan dicha línea jurisprudencial, entre otras, las SSTC 65/2021 y 146/2024. No procede aquí entrar a valorar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en toda esta materia. Pero no me resisto a apuntar que algunos de los asuntos en los que se anularon judicialmente laudos y en los que el Tribunal Constitucional consideró lesionados los derechos fundamentales de la parte que quedó conforme con el laudo han tenido que ver con vivienda, consumo, competencia, etc. Dicho de otro modo: se entendió que no cabía ejercer apenas control sobre asuntos relacionados con estas materias cuando fueran sometidos a arbitraje. Más allá de otras objeciones que espero poder desarrollar en un trabajo posterior, parece difícil sustraerse de la idea de que el Tribunal Constitucional (especialmente en lo referente al concepto de “orden público” como causa de anulación de laudos; para llevar a cabo una interpretación extraordinariamente restrictiva de este muy del gusto del sector del arbitraje) realiza interpretaciones de legalidad ordinaria para las que en nuestro sistema jurídico carece (muy justificadamente) de competencia.

55 Vid., al respecto, Cremades (2019) y, muy especialmente, Remón (2019).

56 Muy sensible a ello se muestra Hernández-Gil (2019). Le concede especial importancia, a efectos de poder articular una eventual responsabilidad por prevaricación judicial, Zabala (2011).

57 Son claros al respecto los arts. 8.2, 8.3, 23 y 33 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Vid., sobre todo ello, Ruiz (2017, pp. 112 y ss.).

58 Por ello, no termino de estar de acuerdo con Remón Peñalver (2019, p. 58) cuando señala que “puede afirmarse sin temor a equivocarse que el arbitraje no es jurisdicción y los árbitros no ejercen una función jurisdiccional, que es una función del Estado que se ejerce en exclusiva por los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial”. A mi juicio, tan categórica afirmación encierra, sin embargo, una petición de principio. La Constitución española no establece una definición estipulativa de lo que es la jurisdicción (“es jurisdicción lo que hacen los tribunales”), sino una garantía de que algo que podrían no hacer solo jueces y tribunales deben hacerlo únicamente ellos. No es que otros sujetos no *puedan* ejercer jurisdicción. Es que no *deben* hacerlo. Derivar de que solo los jueces *deberían* ejercer la jurisdicción que, en consecuencia, nadie más que ellos ejercen jurisdicción no es, en mi opinión, correcto. Pedreira (2007, p. 86) considera, por su parte y en sentido radicalmente opuesto al autor citado, “posible afirmar la equivalencia entre la función de los árbitros y la del juez, y entre los efectos del laudo arbitral y la sentencia judicial”.

59 Así también Pedreira (2007).

60 Goyena (2002).

61 No entraré aquí en detalle en por qué, descartada la prevaricación judicial, no cabría apreciar una prevaricación administrativa (que suele ser entendida como un “delito residual” en relación con prevaricaciones más específicas; Valverde, 2023). Valga con apuntar con Etxeberria (2020a) que esta última figura delictiva requiere que la resolución se dicte en un “asunto administrativo” y no parece que sea este el caso de las disputas sometidas a arbitraje. Vid., en igual sentido y pese a considerar que no habría problema en calificar al árbitro como autoridad pública, Zabala (2011). La cuestión, sin embargo, vuelve a ser bastante compleja, pues la doctrina suele definir el “asunto administrativo” en contraposición con el “asunto judicial o jurisdiccional” (de Toledo y Ubieta, 1980; González, 1997; Vizueta, 2003; Hava, 2019) y el árbitro parecería quedar muy oportunamente “en tierra de nadie”. En cualquier caso, la lenidad de las penas del delito de prevaricación administrativa (denunciada con fiereza por Jareño, 2014) hace que tampoco fuera esta una solución particularmente convincente.

sea un sujeto idóneo para cometer una prevaricación judicial. Una cosa es que se emplee una perspectiva material para recortar el tenor literal de un precepto (lo que, dentro de determinados límites, es perfectamente razonable) y otra, muy distinta, es que se emplee para desbordarlo. Incluso aunque se llegara a sostener (en un posible exceso) que el árbitro es “como un juez” ese “como” ya pondría de manifiesto su carácter análogo (y contra reo), constitucionalmente vedado en materia penal⁶².

Es cierto, por otra parte, que, como en ocasiones se señala, en la codificación penal histórica española, muchas veces se contempló al árbitro junto al juez⁶³, pero que ya no se haga es un excelente argumento *a contrario* en la interpretación de la voluntad de la ley⁶⁴.

En cualquier caso, toda esta disputa tendría en España una trascendencia práctica limitadísima en la que se suele reparar poco en la discusión teórica: las penas previstas para las clases de prevaricaciones que podrían cometer los árbitros serían la de multa y la de inhabilitación especial para el empleo o cargo público (empleo o cargo público del que el árbitro carece!)⁶⁵. Todo quedaría, pues, en una multa del sistema cuotas-días, que carecería de eficacia disuasoria alguna. En Perú, en cambio, la situación sería radicalmente distinta, dado que el art. 418 CP peruano prevé generalizadamente la pena de prisión para la prevaricación judicial.

Parece, entonces, que el árbitro no encaja hoy en el delito de prevaricación judicial. Cuestión distinta es que, como han reclamado algunas voces con acierto, esta clase de prevaricación debiera encontrarse expresamente prevista⁶⁶. Es extraño que un sujeto, el árbitro, que puede servirse torticeramente de un tribunal para ejecutar, por ejemplo, decisiones cautelares injustas sin apenas controles, no pueda responder como sin duda lo haría el propio tribunal de adoptar esas mismas decisiones a iniciativa propia.

Al margen de ello, en el Título de los delitos contra la Administración de Justicia del CP español se establecen responsabilidades para sujetos que desempeñan solo una labor auxiliar de esa Administración (testigos, peritos, intérpretes, abogados, procuradores, etc.). ¿De

veras el árbitro no merecería una atención (al menos) similar en este ámbito?

Una última reflexión se antoja necesaria en este punto. Hoy son muchas las entidades (públicas y, especialmente, privadas) que nacen con el propósito de dedicarse comercialmente a la gestión de arbitrajes. Dejando de lado ahora la curiosa coincidencia que hace que la mayor parte de ellas se hagan llamar “Corte noséqué” o “Tribunal nosécuántos” (curiosa, en tanto que desde el sector se incide insistentemente en su falta de carácter jurisdiccional), no debe obviarse que estos organismos privados podrían llegar a ser hechos penalmente responsables *ex art.* 31 CP español de darse las condiciones en él indicadas. No nos detendremos en ello ahora, pero baste con señalar que en el ordenamiento español las personas jurídicas podrían responder por delitos potencialmente vinculados con una indebida actuación del árbitro como el cohecho, revelación de secretos de carácter personal e industrial, etc. En consecuencia, estas “cortes” y “tribunales” arbitrales podrían, llegado el caso, ser penalmente condenadas⁶⁷. La elaboración de un programa de cumplimiento para estas entidades, por su parte, podría llegar a ser una labor extraordinariamente compleja habida cuenta de la multitud de riesgos penales que pueden acompañar a la actividad.

3. Desenlace

El arbitraje, como método para eludir la jurisdicción, se encuentra en auge⁶⁸. Su impacto político y económico es inmenso, aunque resulte difícilmente precisable. Esta huida de la jurisdicción ha encontrado apoyo en diversas razones (unas muy atendibles, otras no tanto). En cualquier caso, lo que parece evidente es que si un nuevo agente emerge para asumir tareas estrechamente vinculadas con el poder público (una de las muestras más evidentes de que ello es así es que con frecuencia se señala que el correlato del incremento del arbitraje sería una reducción de la carga de trabajo de los tribunales), es preciso que este cuente con un sistema de responsabilidad (no solo penal, pero también penal) acorde con él. Hoy nuestros códigos penales (referidos en el presente artículo como “CP”) no parecen satisfacer este objetivo

62 Considera también que el principio de legalidad impondría aquí un límite Zabala (2011). Cfr., sin embargo, Pedreira (2007; 2011), que entiende que no es aplicación analógica, sino interpretación extensiva. En sentido próximo Etxeberria (2020a), que estima que “[d]esde el punto de vista del significado posible del término juez, no resulta extravagante la inclusión en él de los árbitros que resuelven la controversia con los mismos efectos de cosa juzgada y fuerza ejecutiva que la decisión judicial”.

63 Vid., entre otros, Etxeberria (2020a)

64 También, por cierto, se contempla todavía hoy al árbitro junto al juez en la prevaricación del StGB alemán (§ 339), aunque lo cierto es que, como hiciera antaño el propio Código penal español, se incorpora también junto a las autoridades administrativas.

65 Advierten de ello Güidi (2006); Zabala (2011). Lo señaló ya hace tiempo y en términos más amplios (vinculados también a la problemática del castigo de la participación criminal), de Toledo y Ubieto (1980, p. 461). Más recientemente efectúa consideraciones interesantes también en esta última línea González (1997).

66 Así lo apuntaba en la siguiente entrevista la Profesora Silvana Bacigalupo: <https://www.expansion.com/2011/05/10/juridico/1305017009.html>. También considera preferible su inclusión expresa (aunque entiende que la regulación actual le resultaría en cualquier caso aplicable) Etxeberria (2020a, p. 189).

67 Para el específico estudio de la eventual responsabilidad penal de estas instituciones, me remito a Etxeberria (2020, pp. 127).

68 En sentido parecido, Barona (2020a).

y ofrecen una regulación fragmentaria, ayuna de una reflexión profunda al respecto.

Aunque es cierto que no solo cabrá hacer responder al árbitro por un comportamiento intolerable en el marco de su actividad en aquellos supuestos que expresamente se refieren a él y que se podrá acudir a otras muchas figuras delictivas no directamente orientadas a este, parece que la importancia del arbitraje y su inherente riesgo criminógeno amerita una regulación más meditada.

Si las decisiones arbitrales no van a ser apenas fiscalizables (como reclama el sector arbitral) y van a versar sobre asuntos de enorme trascendencia social, política y económica, la articulación de un régimen de responsabilidad sensible a estos hechos aflora como una condición indispensable para la consolidación de la actividad. Un sector fuertemente desregulado y que ofrece jugosas recompensas dará lugar, más pronto que tarde, a prácticas desafortunadas que pondrán en peligro tanto a la “gallina de los huevos de oro”⁶⁹, como el buen nombre y la honorabilidad de una inmensa mayoría de árbitros que no solo desempeñan su actividad de manera honesta, sino también con un elevadísimo nivel técnico. El objetivo de este trabajo ha sido solo esbozar someramente el panorama e indicar, confío en que convincentemente, alguna vía por la que avanzar en su perfeccionamiento.

Listado de referencias

Alonso Puig, J. M. y Martín Rodríguez, G. (2019). Profesionalización de los árbitros. En F. Ruiz Risueño y J. C. Fernández Rozas (Coords.), *El arbitraje y la buena administración de justicia* (pp. 217-224). Tirant lo Blanch.

Barona Vilar, S. (2020a). Prólogo. En: S. Barona Vilar (Ed.), *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia* (pp. 21-28). Tirant lo Blanch.

Barona Vilar, S. (2020b). Psicoanálisis del arbitraje en la sociedad digital y líquida del siglo XXI. Entre la deconstrucción y la caquexia. En: S. Barona Vilar (Ed.), *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia* (pp. 29-54). Tirant lo Blanch.

Cadarso Palau, J. (2019). El tiempo y los tiempos en el proceso arbitral. En F. Ruiz Risueño y J. C. Fernández Rozas (Coords.), *El arbitraje y la buena administración de justicia* (pp. 289-298). Tirant lo Blanch.

Calvo Corbella, J. C. (2019). El arbitraje como defensa de la buena Administración de justicia frente a la corrupción. En F. Ruiz Risueño y J. C. Fernández Rozas (Coords.), *El arbitraje y la buena administración de justicia* (pp.127-148). Tirant lo Blanch.

Carracedo Carrasco, E. y Maraver Gómez, M. (2024). Administración desleal. En F. Molina Fernández (Dir.), *Memento penal 2025* (pp.1379-1386). Francis Lefebvre.

Castresana Sánchez, L. F. (2017). Concepto y características. En F. Ruiz Risueño y J. C. Fernández Rozas (Coords.), *Manual de arbitraje* (pp. 13-72). Tirant lo Blanch.

Cremades Sanz-Pastor, B. M. (2019). El arbitraje. ¿Equivalente jurisdiccional? En F. Ruiz Risueño y J. C. Fernández Rozas (Coords.), *El arbitraje y la buena administración de justicia* (pp. 43-50). Tirant lo Blanch.

Delgado Gil, A. (2008). *Delitos cometidos por funcionarios públicos. Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada*. Tirant lo Blanch.

De Toledo y Ubieto, E. O. (1980). *La prevaricación del funcionario público*. Civitas.

Díaz-Ambrona Medrano, A. y Fernández de la Mela Núñez, J. M. (2019). Arquitectura normativa del arbitraje institucional en España: ley, estatutos y reglamento arbitral. En F. Ruiz Risueño y J. C. Fernández Rozas (Coords.), *El arbitraje y la buena administración de justicia* (pp. 149-160). Tirant lo Blanch.

Esplugues Mota, C. (2020). Cruzando el espejo arbitral. En: S. Barona Vilar (Ed.), *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia* (pp. 79-106). Tirant lo Blanch.

Etxeberria Guridi, J. F. (2020a). *La responsabilidad penal del árbitro y de las instituciones arbitrales. Algo más que una ficción*. Tirant lo Blanch.

Etxeberria Guridi, J. F. (2020b). El uso fraudulento del arbitraje para enmascarar conductas ilícitas. En: S. Barona Vilar (Ed.), *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia* (pp. 271-294). Tirant lo Blanch.

Fernández Cabrera, M. (2018). *Corrupción en la función pública. El delito de negociaciones prohibidas*. Tirant lo Blanch.

69 La expresión es de González (2020). Por su crudeza, no me resisto a incorporar aquí el pasaje en que se inserta: “[e]n este contexto, y sobre la base de la autonomía de la voluntad, donde se sitúa el arbitraje como mecanismo heterocompositivo de resolución extrajudicial de controversias equivalente a la jurisdicción, siendo enormes las expectativas creadas y apasionante la batalla que se planteaba ante su desmedido auge. Así, se insertaron cláusulas arbitrales en todo tipo de negocios, tan solo algunas justificadas por la nacionalidad de las partes o la naturaleza y relevancia de la relación; proliferó la creación de instituciones arbitrales de cualquier pelaje, reclutando en sus filas a variopintos juristas con el tan deseado anhelo de juzgar y el no menor de cobrar por ello; se desató la fiebre de las publicaciones, exprimiendo la institución hasta la reiteración; se organizaron multitud de conferencias, seminarios y cursos sobre la materia, pues nadie quería quedarse atrás en esta carrera; e incluso llegó a vislumbrarse, con todo ello, la paulatina formación de un grupo de interesados tecnócratas que, con suerte dispar, encontraron en la ‘industria del arbitraje’ a la nueva gallina de los huevos de oro”.

Fernández Rozas, J. C. (2017). El laudo. En F. Ruiz Risueño y J. C. Fernández Rozas (Coords.), *Manual de arbitraje* (pp. 185-258). Tirant lo Blanch.

Fernández Rozas, J. C.; Sánchez Lorenzo, S. y Stampa Casas, G. (2018). *Principios generales del arbitraje*. Tirant lo Blanch.

Ferrer Barquero, R. (2002). *El delito de prevaricación judicial*. Tirant lo Blanch.

Flores Zepa, A. M. (2022). Las reglas del Derecho penal y una aproximación a los elementos objetivos del prevaricato. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 45, 97-125.

Garayo de Orbe, M. (2019). Intervención del centro de arbitraje en orden a los árbitros. En F. Ruiz Risueño y J. C. Fernández Rozas (Coords.), *El arbitraje y la buena administración de justicia* (pp.161-168). Tirant lo Blanch.

García Arán, M. (1990). *La prevaricación judicial*. Tecnos.

Goyena Huerta, J. (2002). La prevaricación. En *Los delitos contra la Administración de Justicia* (pp. 19-75). Thomson Reuters-Aranzadi.

González Cussac, J. L. (1997). *El delito de prevaricación de autoridad y funcionarios públicos*. 2ª ed. Tirant lo Blanch.

González Malabia, S. (2020). La jurisdicción como alternativa a la resolución arbitral de controversias. En: S. Barona Vilar (Ed.), *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia* (pp. 135-158). Tirant lo Blanch.

Güidi Clas, E. M. (2006). *La prevaricación judicial en España y en el Derecho comparado*. Bosch.

Hava García, E. (2019). *Los delitos de prevaricación*. Thomson Reuters-Aranzadi.

Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos, A. (2019). Proceso judicial y proceso arbitral. En F. Ruiz Risueño y J. C. Fernández Rozas (Coords.), *El arbitraje y la buena administración de justicia* (pp. 97-112). Tirant lo Blanch.

Hernández Tavera, V. (2019). Independencia e imparcialidad del juez y del árbitro. En F. Ruiz Risueño y J. C. Fernández Rozas (Coords.), *El arbitraje y la buena administración de justicia* (pp. 225-234). Tirant lo Blanch.

Jareño Leal, A. (2014). La corrupción en la contratación pública. En A. Jareño Leal (Dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (i)* (pp. 149-160). Iustel.

Jareño Leal, A. (2015). *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*. Thomson Reuters-Aranzadi.

Julià Insenser, J. M. (2019). El arbitraje en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En F. Ruiz Risueño y J. C. Fernández Rozas (Coords.), *El arbitraje y la buena administración de justicia* (pp. 79-96). Tirant lo Blanch.

Lamela Fernández, M. (2019). Perspectivas del arbitraje de inversiones en la Unión Europea. En F. Ruiz Risueño y J. C. Fernández Rozas (Coords.), *El arbitraje y la buena administración de justicia* (pp. 705-720). Tirant lo Blanch.

Leyva Flores, R. (2024). Arbitrajes contra las decisiones del operador del mercado eléctrico peruano – COES. Análisis de los laudos arbitrales expedidos en el período 2010-2023. *Revista Derecho y Sociedad*, 64, 1-16.

Llabrés Fuster, A. y Tomás-Valiente Lanuza, C. (1998). *La responsabilidad penal del miembro del jurado*. Cedecs.

Merino Merchán, J. F. (2019). 30 años de arbitraje corporativo. En F. Ruiz Risueño y J. C. Fernández Rozas (Coords.), *El arbitraje y la buena administración de justicia* (pp. 547-568). Tirant lo Blanch.

Mestre Delgado, E. y Martínez Galindo, G. (2011). Responsabilidad penal de alcaldes y concejales. En S. Muñoz Machado (Dir.), *Tratado de Derecho municipal, Tomo I* (pp. 1157-1279). 3ª ed. Iustel.

Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V. (2024). *Introducción al Derecho procesal*. 13ª ed. Tirant lo Blanch.

Olaizola Nogales, I. (1999). *El delito de cohecho*. Tirant lo Blanch.

Ortiz de Urbina Gimeno, I. (2023). Delitos contra la Administración como agente económico. En J. M. Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa* (pp. 765-809). 2ª ed. Atelier.

Pastor Muñoz, N. y Coca Vila, I. (2024). Los delitos de administración desleal y apropiación indebida. En J. M. Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa* (pp. 369-425). Atelier.

Pedreira González, F. M. (2007). *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Universitaria Ramón Areces.

Pedreira González, F. M. (2011). Prevaricación (delitos de). *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 1, 161-166.

Pozuelo Pérez, L. (2024). Delitos contra la Administración Pública. En F. Molina Fernández (Dir.), *Memento Penal 2025* (pp. 1.885-1.931). Francis Lefebvre.

Ramos Tapia, M. I. (2000). *El delito de prevaricación judicial*. Tirant lo Blanch.

Remón Peñalver, J. (2019). El arbitraje ante el Tribunal Constitucional. En F. Ruiz Risueño y J. C. Fernández Rozas (Coords.), *El arbitraje y la buena administración de justicia* (pp. 51-62). Tirant lo Blanch.

Rodríguez Mejía, M. (2020). Una mirada crítica al invisible del arbitraje: la responsabilidad civil y penal de los árbitros. En: S. Barona Vilar (Ed.), *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia* (pp. 223-240). Tirant lo Blanch.

Rodríguez Puerta, M. J. (1999). *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Thomson Reuters-Aranzadi.

Ruiz Riusueño, F. (2017). Los árbitros. En F. Ruiz Risueño y J. C. Fernández Rozas (Coords.), *Manual de arbitraje* (pp. 73-132). Tirant lo Blanch.

Valeije Álvarez, I. (1996). *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Edersa.

Valls Martínez, C. (2024). El riesgo de ser árbitro: el caso de los Herederos del Sultán de Joló contra el Estado de Malasia. ¿Deslealtad al arbitraje? ¿Tácticas de guerrilla al máximo nivel? *Diario La Ley*, 10464.

Valverde Cano, A. B. (2023). Novedades sobre los delitos relacionados con la corrupción y en la Administración local. *Anuario de Derecho Municipal*, 17, 463-491.

Verdera Server, R. (2020). Materiales para una delimitación jurisprudencial de la responsabilidad arbitral. En: S. Barona Vilar (Ed.), *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia* (pp. 241-270). Tirant lo Blanch.

Vizueta Fernández, J. (2003). *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*. Comares.

Zabala López-Gómez, C. (2011). ¿Es posible la prevaricación en el arbitraje? *Diario La Ley*, 7764, 1-10.