

¿Cacería de Árbitros?: Comentarios al Proyecto de Ley N° 2682/2021-CR

Por Luis Enrique Ames.¹

1. Naturaleza jurídica del arbitraje:

Antes de analizar el Proyecto de Ley N° 2682/2021-CR, debemos tomar postura respecto de la naturaleza del arbitraje, en ese sentido, la teoría contractualista es la que enmarca mejor su origen privado al entender que el arbitraje nace a partir de un contrato. Traduciendo a Gary Born, podemos entender que:

La escuela "contractualista" consideraba el arbitraje como una forma de relación contractual. (...) La escuela contractualista enfatizaba que los árbitros no eran jueces (ya que no desempeñaban ninguna función "pública" ni ejercían poderes en nombre del Estado). En términos generales, la escuela contractualista hacía hincapié en el papel de la autonomía de las partes en el proceso arbitral²

Asimismo, Lew Julian D. M. y Mistelis, Loukas A. enfatizan el carácter contractual del arbitraje de la siguiente manera:

¹ *Abogado, Mediador, Adjudicador, Arbitro del RNA-OSCE y de diversas instituciones arbitrales. Member of the International Construction Law Association, Asociado del International Centre for Dispute Resolution (ICDR). Latín American and Caribbean Users' Council London Court of International Arbitration (LCIA). The Society of Construction Law Member. Miembro del Singapore Institute of Arbitrators - MSI Arb. Member del Chartered Institute of Arbitrators - MCI Arb, del Club Español del Arbitraje - CEA y Member Dispute Resolution Board Foundation - DRBF. Especialista en Arbitraje, Contrataciones del Estado, Junta de Resolución de Disputas, Derecho Administrativo y Construcción por la: Pontificia Universidad Católica de Paraná - Brasil, Universidad San Pablo - España (CEU Real Instituto Universitario de Estudios Europeos, el Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación – CIAMEN y el Chartered Institute of Arbitrators - CI Arb), Consejo General de la Abogacía Española, International Chamber of Commerce - ICC Spain, Centro Internacional de Arbitraje de Madrid – CIAM, Universidad Austral - Argentina, American University Washington College of Law. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad del Pacífico, Universidad ESAN y PUCP.

² Traducido por Luis Enrique Ames, originariamente: *"The "contractual" school of thought regarded arbitration as a form of contractual relations. (...) The contractualist school emphasized that arbitrators were not judges (since they performed no "public" function and exercised no powers on behalf of the state). In general terms, the contractualist school placed primary emphasis on the role of party autonomy in the arbitral process.* Citado por Fernando Cantuarias Salaverri y José Luis Repetto, en *"La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino"*, pg. 1.

*"La teoría (...) subraya que el arbitraje tiene un carácter contractual. Tiene su origen y depende, para su existencia y continuidad, del acuerdo de las partes..."*³

Finalmente, Bullard postula que no se debe estatizar el arbitraje y se debe regresar a su ⁴origen privado, mencionando:

*"...El arbitraje es, finalmente un contrato. Lo que llamamos proceso arbitral no es otra cosa que la ejecución de ese contrato. Su origen es el acuerdo y no la delegación del Estado para administrar justicia, pues es falsa la percepción según la cual el origen de la justicia es estatal*⁵.

De lo expuesto podemos extraer que: (i) el origen del arbitraje es privado por nacer de un contrato y del acuerdo de las partes, (ii) el proceso arbitral viene a ser la ejecución del contrato según la teoría contractualista y (iii) Se debe abandonar la idea que el sistema jurídico pretenda estatizar o intervenir en el arbitraje; ya que este se sostiene por la autonomía de las partes y no por la función jurisdiccional del Estado, de hecho ambos son escenarios que coexisten y que se interrelacionan bajo una lógica de complemento, en ese sentido véase el artículo 62 de la Constitución Política, cuando señala que:

«Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley».

A partir de ello podemos analizar el Proyecto de Ley N° 2682/2021-CR que busca modificar 4 artículos del Código Penal, además del Decreto Legislativo N° 1071.

2. Contexto jurídico-político

El contexto jurídico-político que da origen al Proyecto de Ley N° 2682/2021-CR, es debido al caso "El club de la construcción"; siendo la tesis que postularía el Ministerio Público, en que el Club de la Construcción habría operado entre los años 2011 y 2014, valiéndose de representantes ante el Estado para conseguir sus intereses y obtener la buena pro de megaproyectos⁶.

³ Traducido por Luis Enrique Ames, originariamente: "The (...) theory emphasises that arbitration has a contractual character. It has its origins in and depends, for its existence and continuity, on the parties' agreement". Citado por Fernando Cantuarias Salaverry y José Luis Repetto, en "La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino" pg. 1.

⁵ Fernando Cantuarias Salaverry, José Luis Repetto: "La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino" En DERUP editores, Lima 2014, pg. 1.

⁶ Su modus operandi, habría sido que cada vez que hubiese un proceso de licitación, las empresas simularían la elección del postor ganador, acordado previamente; posterior a ello, se comunicarían con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, donde un funcionario público se encargaría

El nexo que une el caso del “Club de la Construcción” con el Proyecto de Ley N° 2682/2021-CR, es el cuestionamiento de la emisión de Laudos Arbitrales en los que el Estado peruano se encontraba en disputa contra Odebrecht. La consecuencia fue procesar a más de 18 árbitros (entre ellos personajes y juristas de renombre en el derecho peruano) por el delito de Cohecho Pasivo Específico regulado en el artículo 395, bajo la supuesta “extensión de la punibilidad” que hace referencia el artículo 386 del Código Penal.

Ante el cuestionamiento de los laudos arbitrales, la revista Connectas⁷, menciona que de las 42 controversias que tuvo el Estado peruano entre los años 2002 – 2016, contra la empresa brasileña, esta salió favorecida en 35 oportunidades, mientras que el Estado peruano solo en 7 ocasiones del total. Sumado al hecho que de los 30 arbitrajes que mantuvo el Ministerio de Transportes contra la multinacional Odebrecht, 26 fueron en favor de la empresa brasileña y solo 4 en favor del Estado, teniendo que pagar este último la cifra de US\$200.572.025.59. Asimismo, de los 4 arbitrajes que tuvo Odebrecht contra Provías Nacional, se favoreció en su totalidad a la empresa, pagándole una suma de US\$14,497,076.95. Del mismo modo, el Programa Nacional Agua Para Todos perdió 3 arbitrajes contra la multinacional teniendo que pagar US\$5,874,348.60. El escenario es similar cuando Gobierno Regional de Ancash perdió su único arbitraje contra la misma empresa, reconociéndole un total de US\$43,761,704.96. Finalmente, en el Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo, el Estado peruano pierde su único arbitraje pagando US\$8,865,495.74 en total.

Odebrecht	Estado Peruano	Costo	Arbitrajes perdidos
Odebrecht	Ministerio de Transportes contra la multinacional Odebrecht	US\$200.572.025.59	26
Odebrecht	Provías Nacional	US\$14,497,076.95	4
Odebrecht	Programa Nacional Agua Para Todos	US\$5,874,348.60	3
Odebrecht	Gobierno Regional de Ancash	US\$43,761,704.96	1
Odebrecht	Proyecto Especial Huallaga Central Bajo Mayo	US\$8,865,495.74	1

de impulsar su postulación y triunfo en la licitación a cambio de una coima que, en la mayoría de los casos, habría sido entre el 1% y 3%. Actualmente fiscalía investiga la comisión de los delitos de colusión agravada, tráfico de influencias, cohecho activo genérico, cohecho pasivo propio, lavado de activos y asociación ilícita. Ana Janampa Almora, Marie Gonzales Cieza y Rafael Chanjan, “Casos emblemáticos, club de la construcción”. Observatorio de la Corrupción, IDEHPUCP, pg. 1.

⁷ Véase <https://www.connectas.org/caso-lava-iato-arbitrajes-a-la-odebrecht/>

Pese a la supuesta lesión de un bien jurídico -supuesta, porque el caso aún se encuentra en investigación preliminar- sumado a la falta de certeza sobre la materialidad delictiva y la responsabilidad penal de los imputados, podemos mencionar que la tesis que propone el Ministerio Público deviene en atípica hasta ilegal por los siguientes motivos: (i). El acusar a 19 árbitros por el delito de Cohecho Pasivo Específico regulado en el artículo 395, con la “extensión de la punibilidad” que hace referencia el artículo 386 del Código Penal, resulta inexacto, porque no existe nexos causal entre la condición jurídica de los árbitros y la responsabilidad penal atribuible, en ese sentido, debemos recordar que el artículo N° 395 pertenece a la parte especial del Código Penal, por lo tanto para ser autor se requiere de una cualificación especial en el agente; en el caso del artículo N° 395, señala a los árbitros como posibles autores; sin embargo ellos no tienen la categoría de funcionario o servidor público porque no guardan vínculo laboral con la administración pública, además que la Constitución Política menciona que los árbitros tienen condición jurisdiccional, por tanto es incoherente señalar a los árbitros como autores del delito. Y (ii). El Código Penal, en su artículo N° 2 del Título Preliminar establece lo siguiente: *“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.”*, si bien es cierto, el artículo N° 395 del código penal, señala que los árbitros pueden ser sujetos activos en la comisión del delito de cohecho pasivo específico, ni en la doctrina o jurisprudencia se señala cómo es que los árbitros obtienen esa condición jurídica si su naturaleza es opuesta, por lo tanto, para la acreditación de una culpabilidad de un delito especial propio, no basta que el tipo penal señale como responsable a un árbitro sino que lo demuestre en su totalidad.

Por lo tanto; con la normativa vigente, hoy en día no ha sido posible investigar o denunciar a los árbitros vinculados al “Club de la Construcción” por la falta de imputación necesaria y coherencia del tipo penal que trasgrede la naturaleza, constitucional, del arbitraje.

3. La penalización del arbitraje

Ante esa situación, el Proyecto de Ley N° 2682/2021-CR propone la penalización de los árbitros al modificar los artículos N° 418, 420, 421, 422 y 425 del Código Penal, en los siguientes términos:

Artículo N° 418 del Código Penal

El juez, el fiscal o el árbitro que, a sabiendas, dicta resolución, emite dictamen, o lauda contrarios al texto expreso y claro de la ley o cita pruebas inexistentes o hechos falsos o se apoya en leyes supuestamente derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Artículo N° 420 del Código Penal

El juez, el fiscal o el Árbitro que conoce en un proceso que anteriormente patrocinó como abogado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Artículo N° 421 del Código Penal

El abogado o mandatario judicial que, después de haber patrocinado o representado a una parte en un proceso judicial administrativo o arbitral, asume la defensa o representación de la parte contraria en el mismo proceso, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años

Artículo N° 422 del Código Penal

El juez o el árbitro que se niega a administrar justicia o que elude juzgar o laudar bajo pretexto de defecto o de deficiencia de la ley, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Artículo N° 425 del Código Penal

Se consideran funcionarios o servidores públicos:

(...)

7) Los árbitros en los procesos arbitrales donde una de las partes es el Estado Peruano.

Si bien es cierto las modificatorias propuestas por el presente proyecto de ley son preocupantes, en este punto, me enfocaré en dilucidar y aclarar los siguientes conceptos:

3.1. Los árbitros no pueden ser considerados como funcionarios o servidores públicos:

El Proyecto de Ley N° 2682/2021-CR, propone modificar el inciso 7 del artículo N° 425 del Código Penal e incorporar a los árbitros como funcionarios o servidores públicos, en ese sentido debemos aclarar que los árbitros no pueden ser catalogados de esa manera, ya que no pertenecen al ámbito público del derecho, he ahí la importancia que al inicio del artículo se haya dejado en claro que el origen del arbitraje es únicamente privado.

Una segunda razón es porque existe una incompatibilidad normativa entre el Decreto Legislativo N° 1071, el Decreto Supremo N° 376-2019-EF y la propuesta del Proyecto de Ley N° 2682/2021-CR, donde se establece lo siguiente:

Artículo 21 del D.L. 1071:

“Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas”.

El D.L. 1071, expresa claramente que existe incompatibilidad de funciones entre un árbitro y un funcionario o servidor público, es decir quien desempeñe esa función no puede ser árbitro; sin embargo, el Proyecto de Ley N° 2682/2021-CR omite la normativa vigente y propone modificar el artículo N°

425 del Código Penal al considerar como funcionario o servidor público a los árbitros, dando lugar a una incongruencia normativa.

Sin ser la única contradicción, el Decreto Supremo N° 376-2019-EF en su artículo N° 231.1⁸ establece lo siguiente:

231.1. Se encuentran impedidos para ejercer la función de árbitro:

(...)

j) Los funcionarios y servidores públicos, en los casos que tengan relación directa con la Entidad o Sector en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.

k) Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (06) meses después de haber dejado la institución.

Lo cual reafirma la anterior incongruencia normativa entre el proyecto de ley y el Decreto supremo, en ese sentido podemos concluir que un funcionario o servidor público no puede ser un árbitro y viceversa *-un árbitro no puede ser un servidor o funcionario público-*, por lo tanto, el aprobar este proyecto de ley significaría normar una antinomia “inconsistencia total-total- según Alf Ross y dar paso a un conflicto de leyes, el cual consideramos innecesario

⁸231.1. Se encuentran impedidos para ejercer la función de árbitro:

a) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros de Estado, los Viceministros, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos.

b) Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.

c) Los Fiscales y los Ejecutores Coactivos.

d) Los Procuradores Públicos y el personal que trabaje en las procuradurías, o de las unidades orgánicas que hagan sus veces, cualquiera sea el vínculo laboral.

e) El Contralor General de la República y los Vicecontralores.

f) Los Titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo.

g) Los gobernadores regionales y los alcaldes.

h) Los directores de las empresas del Estado.

i) El personal militar y policial en situación de actividad.

j) Los funcionarios y servidores públicos, en los casos que tengan relación directa con la Entidad o Sector en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.

k) Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (06) meses después de haber dejado la institución.

l) Los sometidos a procedimiento concursal.

m) Los sancionados con inhabilitación o con suspensión de la función arbitral establecidas por el Consejo de Ética, en tanto estén vigentes dichas sanciones, sin perjuicio de la culminación de los casos en los que haya aceptado su designación previamente a la fecha de imposición de la sanción.

n) Los sancionados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones.

o) Los sancionados con condena que lleve aparejada la inhabilitación para ejercer la profesión, en tanto esté vigente dicha sanción.

teniendo en cuenta los puntos anteriormente expuestos como que el origen del arbitraje es privado.

Entre otros motivos que argumentan el por qué un árbitro no puede ser catalogado como un funcionario o servidor público, tenemos:

3.1.1. Los árbitros no se encuentran considerados dentro del artículo N° 425 del Código Penal:

Los árbitros no se encuentran considerados en ninguno de los incisos del artículo N° 425 del Código Penal⁹ que pueda vincularlos de manera directa o indirecta con la administración pública, tampoco poseen vínculo laboral con las instituciones públicas del estado y menos se encuentran bajo algún régimen reconocido por nuestro ordenamiento, verbigracia:

- Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa.
- Artículos 3 y 4 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM.
- Ley de Funcionarios Públicos y Empleados de Confianza N° 28775.
- Falta de relación laboral con alguna empresa del Estado, bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios.
- Ley N° 30057, Ley de Servicio Civil.

3.1.2. No son administradores o depositarios causales:

Los árbitros no ostentan la condición de administradores o depositarios de caudales embargados por autoridad competente, puesto que estos son designados en méritos de la Ley N° 26702, Ley General del

⁹ Artículo 425. Funcionario o servidor público

Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Además, las funciones que cumplen son diferentes, los depositarios de caudales embargados por autoridad competente administran los bienes embargados; mientras que, los árbitros resuelven un determinado conflicto de intereses entre dos o más partes, mediante una función de encargo.

3.1.3. No son parte de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas:

Por obvias razones no forman parte de Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas, pues ellos desempeñan funciones de protección y mantenimiento del orden interno, así como de la seguridad nacional, actividades ajenas a la función arbitral

3.1.4. No son designados o nombrados por autoridad política

Los árbitros no son nombrados o designados por autoridad política alguna para prestar servicios técnicos o políticos con exclusividad.

En ese sentido, debemos señalar que los árbitros sí cumplen una función de predisposición y de conveniencia y ello no está comprendido dentro de la carrera administrativa. Sumado a que los árbitros no mantienen una relación de dependencia o de subordinación con una entidad del Estado, que tampoco pueden ser encomendados con cargos políticos o de confianza y no mantienen un vínculo laboral o contractual con alguna entidad del Estado, nos lleva a concluir que es imposible poder considerar a los árbitros como funcionarios o servidores públicos.

Además, el calificarlos como sujetos activos en los delitos contra la administración pública a quienes, una vez más, no son funcionarios o servidores públicos, significa desnaturalizar la figura del arbitraje, y como se ha demostrado, generar antinomias.

3.2. El arbitraje no pertenece a la función judicial

El artículo N° 139 de la Constitución Política del Estado, sostiene lo siguiente:

Artículo 139.- Principios de la administración de justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional

*No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral*¹⁰.

¹⁰ Constitución Política del Perú, Art 139, 29 de diciembre de 1993.

El presente artículo reconoce al arbitraje como una **vía judicial independiente y excepcional al del fuero judicial común**, además la cataloga como una institución autónoma.

Asimismo, Carnelutti¹¹ y Prieto Castro¹², mencionan que: el arbitraje es un equivalente jurisdiccional y a través de él, se pueden obtener los mismos objetivos que por la jurisdicción civil. Bajo esa premisa, podemos reafirmar nuestra posición: (i) el arbitraje no pertenece al ordenamiento judicial, (ii) El arbitraje no es parte del derecho público, (iii) un árbitro no puede ser catalogado como funcionario o servidor público porque su naturaleza es privada y (iv) El arbitraje es un equivalente jurisdiccional pero no posee el mismo funcionamiento que la vía judicial ordinaria.

A modo de conclusión, el querer incorporar a los árbitros como funcionarios o servidores públicos y además responsabilizarlos penalmente, sería ir en contra de lo establecido por la constitución, jurisprudencia y naturaleza propia del arbitraje.

3.3. El OSCE como ente administrativo sancionador de los árbitros y el *ius puniendi*

El *ius puniendi* es la facultad sancionadora que posee el Estado, el Exp. N° 00033-2007-PI/TC señala que:

“...el ius puniendi del Estado es entendido como la potestad “que se manifiesta en el aspecto coercitivo de las normas y, por otro, que es también objeto de la regulación de estas” [Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal Ed. Grijley, 2005, Lima], así, y siguiendo al mismo autor, “el ejercicio de su poder punitivo está determinado por las opciones sociales y políticas que haya adoptado en relación con la organización de la comunidad, en general. Por lo tanto, la política criminal del Estado se halla encuadrada y condicionada por su política social general.”.

Seguidamente, la conformación del *ius puniendi* del Estado, se da por el derecho administrativo sancionador y el derecho penal en su totalidad, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia del 1 de setiembre de 2011, señala:

“...las sanciones administrativas, disciplinarias o de naturaleza análoga son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas...”

¹¹ Carnelutti, Francesco; *Instituciones del Proceso Civil*, tomo I, ed. Ejea, Buenos Aires, 1973, pg. 109.

¹² Prieto Castro y Fernández, Leonardo; *Cuestiones de Derecho Procesal Civil*, ed. Reus, Madrid, 1947, pg. 292.

Comentado [RPVR1]: Aquí la cita para Pacífico.

Con formato: Español (Perú)

Con formato: Fuente: Cursiva

Con formato: Español (Perú)

Finalmente, la existencia de un derecho administrativo sancionador y de un derecho penal, no significa crear una jerarquía en su conformación, tampoco el restarle importancia a uno de ellos, todo lo contrario, los principios básicos como el de culpabilidad, tipicidad, legalidad entre otros, que se aplican en el derecho penal, son también aplicados en el derecho administrativo sancionador; sin embargo, sus fines son distintos, ante ello el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC fj. 8 y Exp. N° 01873-2009-PA/TC, fj. 4, señalan:

“[...] es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador...”

“Y es que si bien la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del ius puniendi del Estado, no pueden equipararse ambas, dado que no sólo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas). A ello hay que agregar que en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda.”

Por tanto, el *ius puniendi* del Estado faculta el ejercicio del uso del derecho administrativo sancionador para prevenir o desincentivar la realización de conductas ilícitas.

En ese sentido el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (OSCE) es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, que constituye pliego presupuestal y goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.¹³ Además, supervisa los procesos de contratación pública que realizan las entidades del Estado, a fin de que sean íntegros, eficientes y competitivos, en beneficio de los ciudadanos.

El OSCE, a través de su Código de ética mediante el artículo N° 22 ejerce el poder administrativo sancionador que le otorga el Estado, configurando como sanciones, lo siguiente:

Artículo 22.- Sanciones

¹³ Artículo N° 51 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225.

22.1. *Las infracciones previstas en este Código traen como consecuencia, según la gravedad de la falta, la imposición al responsable de una de las sanciones siguientes, según lo previsto en el artículo 255 del Reglamento:*

- a) Amonestación escrita.*
- b) Suspensión temporal de su derecho para ejercer y ser elegido como árbitro, hasta por 5 años en arbitrajes administrados por el OSCE, arbitrajes ad hoc o arbitrajes institucionales en materia de contrataciones con el Estado.*
- c) Inhabilitación permanente para ser elegido y ejercer como árbitro en los arbitrajes administrados por el OSCE, arbitrajes ad hoc y arbitrajes institucionales en materia de contrataciones con el Estado.*

De lo citado podemos percatarnos que las sanciones interpuestas por el OSCE son severas; ya que una inhabilitación permanente en la carrera significaría ponerle fin a [la función arbitral](#). Por lo tanto, el uso del ius puniendi del Estado que hace el OSCE, como ente administrativo sancionador, es rígido y vigoroso.

3.3.1. Vulneración del principio *non bis in idem*

Como citábamos en líneas anteriores, el OSCE, mediante su código de ética, emite sanciones severas a los árbitros ante faltas graves que puedan cometer, a modo de ejemplo -inhabilitación permanente-. Pese a ello, el proyecto de ley N° 2682/2021-CR, quiere penalizar a los árbitros y registrarlos como funcionarios o servidores públicos vulnerando o desconociendo el carácter privado del arbitraje.

Respecto a la penalización de los árbitros, creemos que se trata de una exageración y desconocimiento del tema. Argumentamos ello porque las sanciones que emite el OSCE a través de su Código de Ética son sumamente graves y el incrementarles una sanción penal desconociendo que el ius puniendi del Estado se encuentra conformado por el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, significa caer en el viejo vicio del ejercicio abusivo del derecho.

En correlación con lo anteriormente mencionado, el significado del principio *non bis in idem* según el artículo N° 230 num. 10 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG),

según el cual la potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por el principio non bis in ídem:

“No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento”,

lo cual se correlaciona con lo dicho por el Tribunal Constitucional en su Exp. N.º 02704-2012-PHC/TC fj. 3.3:

“El Tribunal Constitucional ha señalado respecto del principio ne bis in ídem, que si bien no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución como un derecho fundamental de orden procesal, se trata de un contenido implícito del debido proceso que deriva de los principios de legalidad y de proporcionalidad.

El ne bis in ídem es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, el cual impide –en su formulación material- que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Por lo tanto, ante la ya existencia de una sanción rigurosa en vía administrativa ejercida por el OSCE, el proponer penalizar [la función arbitral conforme a los alcances](#) del proyecto de ley N° 2682/2021-CR, es regular una doble sanción y desconocer el principio *non bis in ídem*, dando paso a una reacción desproporcionada del Estado.

Trasladando el ejemplo al ámbito judicial, los jueces también reciben una sanción administrativa, que es parte del *jus puniendi* del Estado, y esta no es reforzada penalmente por alguna ley o proyecto de ley, sino por el contrario, se entiende su vitalidad. A continuación, comentaremos sobre la entidad que se encarga de investigar y sancionar a los jueces:

Con formato: Fuente: Cursiva

3.3.1.1.1. Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial¹⁴

¹⁴ Mediante la Ley N° 30943 se ha creado la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial, entidad que reemplaza a la OCMA y ODECMAS. Véase en: <https://laley.pe/art7813/ya-es-oficial-desaparece-la-ocma-y-crean-la-autoridad-nacional-de-control-del-poder-judicial>

La Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial es el órgano que tiene a su cargo el control funcional de los jueces de todas las instancias y del personal auxiliar jurisdiccional del Poder Judicial, salvo el caso de los jueces supremos cuya competencia exclusiva pertenece a la Junta Nacional de Justicia.

Entre sus funciones está la prevención, supervisión, inspección, investigación, instauración del procedimiento disciplinario e imposición de la sanción conforme a la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial.¹⁵

En ese sentido la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial ejerce el *ius puniendi* del Estado al sancionar a los jueces mediante un proceso disciplinario, en este caso las sanciones y medidas disciplinarias se encuentran reguladas por la Ley N° 29277 en sus artículos N° 50, 52, 53, 54 y 55, como veremos a continuación.

Artículo 50.- Sanciones y medidas disciplinarias Las sanciones y medidas disciplinarias aplicables a los jueces son:

1. Amonestación;
2. multa;
3. suspensión; y,
4. destitución.

Artículo 52.- Amonestación La amonestación se materializa a través de una llamada de atención escrita que se hace al juez, dejándose constancia en su registro y legajo personal respectivos.

Artículo 53.- Multa La multa consiste en el pago por una sanción impuesta. El límite de la sanción de multa será el diez por ciento (10%) de la remuneración total mensual del juez.

Artículo 54.- Suspensión La suspensión es sin goce de haber y consiste en la separación temporal del juez del ejercicio del cargo. La suspensión tendrá una duración mínima de quince (15) días y una duración máxima de seis (6) meses.

Artículo 55.- Destitución La destitución consiste en la cancelación del título de juez debido a falta disciplinaria muy grave o, en su caso, por sentencia condenatoria o reserva del fallo condenatorio por la comisión de un delito doloso. El juez destituido no podrá reingresar a la carrera judicial

¹⁵ Artículo 102.1 y 102.2 de la Ley N° 30943, Ley de Creación de la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial (mayo del 2019), Diario Oficial El Peruano.

Por lo tanto, si la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial es el ente administrativo que sanciona a los jueces con amonestaciones, multas, suspensiones y destituciones y su función no es penalizada; el OSCE quien sanciona a los árbitros mediante su código de ética con amonestaciones, suspensiones e inhabilitaciones para nunca más ejercer como [árbitro](#), tampoco debería ser minimizada en cuanto a su acción.

Ambas instituciones representan el *ius puniendi* del Estado, entonces habría que preguntarnos ¿por qué se quiere penalizar el lado del arbitraje? Si es que ya existe una sanción administrativa *-ius puniendi-* establecida por el OSCE que bajo analogía también lo establece la Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial. Con ello no estamos negando la posibilidad de que los árbitros puedan cometer delitos comunes, todo lo contrario, nos enfocamos en aquella doble sanción sin fundamento que se quiere imponer, satanizando así al arbitraje y a las personas que se dedican a este.

Tras este escenario solo podemos concluir que: (i) Están desnaturalizando a la fuerza el arbitraje para incluirlo dentro del derecho público (ii) pese a ser una institución con naturaleza y origen privado quieren considerar a los árbitros como funcionarios o servidores públicos, (iii) al incorporarlos como funcionarios o servidores públicos están contradiciendo la Constitución, jurisprudencia y código penal (iv) desconocen el principio *non bis in idem* y apuestan por una doble sanción, (v) los árbitros obedecen a una institución administrativa que es el OSCE, (vi) el OSCE posee un código de ética por el cual sanciona a los árbitros y (vii) están [incentivado](#) un ejercicio abusivo del derecho [en](#) contra [de](#) el arbitraje.

Si bien es cierto, el caso “el club de la construcción” fue un suceso mediático a nivel nacional hasta internacional, la corrupción no lleva como nombre la etiqueta de *-arbitraje-*, la corrupción no es un problema sectorizado, sino uno global y sociocultural [del estado peruano](#). Por tanto, el querer combatirla a través de un “derecho penal del enemigo”, tratando como enemigo al arbitraje, no es la solución a este problema.

A continuación, abordaremos de una manera objetiva y con estadística el problema de la corrupción.

4. La corrupción no es un mal sectorizado

Como veníamos [sustentando](#), el problema de la corrupción no tiene como única etiqueta al arbitraje, de hecho, no se trata de un problema sectorizado, sino por el contrario es uno globalizado que afecta al Perú en su totalidad.

El proyecto de Ley N° 2682/2021-CR, en su lucha contra la corrupción penaliza a los árbitros a raíz del caso “El club de la construcción”; sin embargo, no se [advierte de cuenta](#) que existen otros casos más como: el tren eléctrico de Lima – Tramo I, el metro de Lima – Línea 1, los cuellos blancos del puerto, el aeropuerto

de Chinchero¹⁶, etc. Ante ello, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) grafica que una de las mayores preocupaciones de la ciudadanía es la corrupción.

CUADRO N° 02
PERÚ: PRINCIPALES PROBLEMAS DEL PAÍS
Semestre: Octubre 2018 - Marzo 2019 / Octubre 2019 - Marzo 2020
(Porcentaje)
En su opinión, actualmente, ¿Cuáles son los principales problemas del País?

Prioridad del Problema	Semestre Móvil		Variación (puntos porcentuales)
	Oct18-Mar19	Oct19-Mar20	
Corrupción	64,5	60,6	-3,9
Delincuencia	39,2	41,8	2,6
Pobreza	20,3	17,8	-2,5
Falta de seguridad ciudadana	13,9	16,2	2,3
Falta de empleo	12,3	12,3	0,0
Mala calidad de la educación estatal	9,0	10,6	1,6

Nota: Pregunta con alternativas de respuesta múltiple.
Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) - Encuesta Nacional de Hogares. Módulo: Gobernabilidad, Transparencia y Democracia.

Además, también señala que la corrupción se mantiene como el principal problema del país con un 60.6%

“En el semestre octubre 2019 – marzo 2020 la corrupción se mantuvo como el principal problema del país con 60.6%. En este periodo, el 3.7% de los hogares consultados señalaron que a algún miembro familiar le solicitaron o se sintió obligado a dar regalos, propinas, sobornos, coimas al realizar gestiones o demandar servicios en las instituciones públicas.

Sumado a la desconfianza hacia las instituciones públicas como al aparato jurídico refleja:

“En cuanto a las instituciones que conforman el sistema judicial, un 73.1% señaló no confiar en el Ministerio Público, un 82.3% desconfía del Poder Judicial, un 72.1% manifiesta no confiar en la Procuraduría Anticorrupción y un 66.6% dice no confiar en la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción.¹⁷”

Las cifras son similares a las [elaborada por](#) PROÉTICA al señalar que:

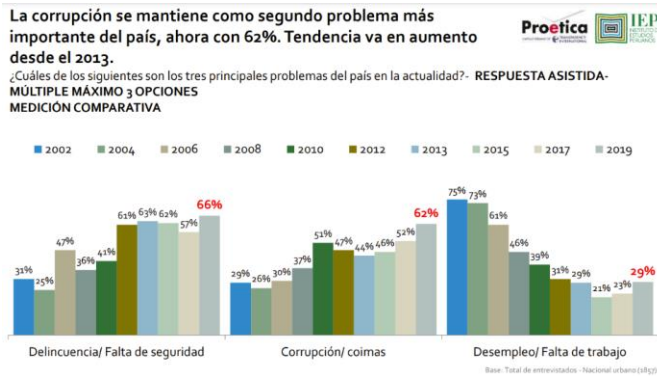
“La corrupción se sitúa como el segundo principal problema del país con 62%, superado por la delincuencia con 66%. Asimismo, geográficamente, la corrupción es el principal problema en las regiones peruanas de Oriente y Sur, y en Lima es la segunda preocupación.

El 73% de los encuestados señaló que la corrupción ha aumentado en los últimos 5 años. Respecto a los últimos doce meses, un 13% aseguró haber pagado coimas y la mayoría de ellas a la policía. Asimismo, un 59% de los encuestados declara sentirse capaz de orientar a un tercero sobre dónde denunciar actos de corrupción; sin embargo, también se observa que existe una alta tasa (91%) de no denuncias del pedido de coimas.

¹⁶ Véase: <https://rpp.pe/politica/judiciales/corrupcion-en-peru-14-investigaciones-que-siguen-abiertas-en-la-fiscalia-y-que-implican-a-politicos-y-empresarios-noticia-1161668?ref=rpp>

¹⁷ INEI: Informe técnico, Perú: percepción ciudadana sobre gobernabilidad, democracia y confianza en las instituciones, N° 02, del 02 de mayo del 2020.

Por otro lado, tanto el Congreso, el Poder Judicial, Municipalidades y Gobiernos Regionales fueron percibidas como las instituciones más corruptas. Frente a ello, es importante mencionar que en el año 2019, aumentó a 68% la tolerancia media a la corrupción. Finalmente, las principales medidas sugeridas en la lucha contra la corrupción son transparencia, simplificar trámites y mejorar la carrera pública.¹⁸”

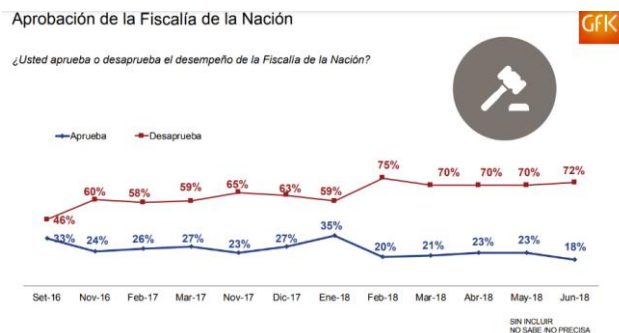


Finalmente, la GfK reafirma la desconfianza de las instituciones de la siguiente manera:

“Tan solo el 9% de la población cree que se viene manejando bien la lucha contra la corrupción en el Estado. Asimismo, en el mes de junio, el 72% desapruaba el desempeño de la Fiscalía de la Nación, siendo en febrero el pico más alto de desaprobación con 75%.¹⁹”

¹⁸ Proetica: XI Encuesta nacional anual sobre percepciones de corrupción, diciembre del 2019.

¹⁹ GfK Opinión junio 2018, encuesta nacional urbano rural, 01 de julio del 2018.



4.1. La corrupción como problema de falta de valores

Una de las aristas que se concibe para entender el problema de la corrupción es la falta de valores éticos. En ese sentido, los sujetos son propensos a la falta de desarrollo moral y ético que los haga capaces de reconocer lo que es indebido y cómo evitarlo²⁰, de ahí que, para hacer frente a la corrupción, se debe valer de la ética, en cuanto deber ser de nuestro actuar y como telón valorativo que nos permite autorregularnos para saber qué puedo hacer y qué me está prohibido hacer. Al respecto Adela Cotrina nos dice:

“La ética trata de lo que debe ser, no de lo que es, no se trata de levantar acta de qué es lo que ocurre, que es bastante desastroso, sino de decir qué es lo que debe ser y qué es lo que debería ocurrir”²¹

Asimismo, José Manuel Urquiza, señala que:

“La corrupción socava la integridad moral de una sociedad. Supone la quiebra general de los valores morales. La corrupción pública, en cuanto supone lucro indebido del agente y su disposición al mal utilizar las potestades públicas que tiene encomendadas, es una práctica inmoral, ante todo; una violación de los principios éticos, sean individuales o sociales.”

Algunos analistas consideran que la ética pública ha perdido hoy relevancia social, dada su naturaleza subjetiva. Sin embargo, la gran mayoría entiende que la ética ha de ser el mejor antídoto contra el veneno de la corrupción, y preconiza la necesidad de un rearme ético, de un regreso a los valores antes enunciados. Por eso, se observa últimamente en el mundo una gran

²⁰ Julián, R y Bonavia, T: Aproximaciones Psicosociales a la Corrupción: Una Revisión Teórica en *Revista Colombiana de Psicología* N° 26, 2017, pg. 231-243.

²¹ Adela Cotrina: *Democracia participativa y sociedad civil. Una ética empresarial*, Santafé de Bogotá: Fundación Social, Siglo del hombre editores, pg. 122.

preocupación oficial por la ética pública²². En ese sentido PROÉTICA señala que:

“Según la última encuesta [de] El Comercio hecha por Ipsos Perú, el 42% de los peruanos cree que la principal causa de inseguridad es la ineficiencia y la corrupción del sistema judicial. La falta de valores y principios está a la par (42%). Les siguen la carencia de leyes adecuadas (39%) y la ineficiencia y la corrupción policial (37%).”

4.1.1. La corrupción como problema psicológico

Finalmente, cómo último acápite de la falta de valores existe una postura que menciona que el problema de la corrupción es psicológico, en ese sentido Julian y Bonavis mencionan que:

“En la actualidad, la corrupción constituye uno de los principales problemas psicológicos, sociales, económicos y políticos a nivel mundial. En la actualidad, la corrupción constituye uno de los principales problemas psicológicos, sociales, económicos y políticos a nivel mundial”²³

4.2. La corrupción como problema socio – cultural

La corrupción es una de las preocupaciones más grandes en la actualidad dada la densidad y magnitud de sus efectos sobre el desarrollo económico y social de los diferentes países, de ahí que algunos autores conciben a la corrupción como un problema socio – cultural, en ese sentido Percy García Cavero menciona:

“la corrupción es una “enfermedad social”, cuya cura no está reducida a las estructuras del Estado. Aseguró que las severas penas de poco o nada han servido y que la solución a este problema se dará con un cambio a largo plazo de la sociedad, de las personas que la integran”²⁴.

4.3. La satanización del arbitraje en el Perú

Finalmente, en un breve análisis objetivo, nos hemos percatado que la corrupción no es un problema que tiene como única etiqueta al arbitraje, todo lo contrario, es un problema con distintas aristas que van desde lo social, cultural hasta del déficit de valores en las personas. Sin embargo, que el Estado despliegue su poder regulatorio para penalizar [la función arbitral a los árbitros](#) mediante el Proyecto de Ley N° N° 2682/2021-CR, trasgrediendo la

²² Informe Kelly, en Gran Bretaña, sobre gastos diputados británicos; Recomendación del Consejo de la OCDE, de 1998; Convención Americana contra la Corrupción, de 1996.

²³ Martín Julián: Variables psicológicas asociadas a la corrupción: una revisión sistemática (orcid: 0000-0001-6515-4818) y Tomas Bonavia (orcid: 0000-0001-5322-1614)

²⁴ Véase: <https://www.udep.edu.pe/hoy/2018/07/la-corrupcion-no-es-un-problema-estatal-sino-social/>

naturaleza jurídica y origen del arbitraje, es hacernos frente a un ejercicio abusivo del derecho.