

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

VELIS PRAXIDE ET PRO

# Revista

Julio 2018

42

Revista Penal

# Penal

Julio 2018



# Revista Penal

Número 42

## Sumario

---

### Doctrina:

- El terrorismo en el siglo XXI: del terrorismo nacional al terrorismo global, por *Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* ..... 5
- Justicia penal restaurativa: el redescubrimiento de la víctima ante el conflicto penal, por *Miguel Bustos Rubio* ..... 31
- Violencia de género y diversidad cultural: el ejemplo de los matrimonios forzados, por *Fátima Cisneros Ávila*..... 43
- La intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso, por *Jesús Conde Fuentes*..... 56
- Expansión de la represión penal de la pornografía infantil: La indemnidad sexual de los adultos que parecen menores y la de los personajes 3D, por *Javier Fernández Teruelo*..... 67
- Mercado regulado de cannabis vs. política bancaria. ¿Un mercado obligado a operar fuera del sistema financiero?, por *Pablo Galain Palermo* ..... 82
- Composición de tribunales en el proceso penal polaco, por *Jacek Kosonoga*..... 99
- Aspectos principales de la responsabilidad penal de los partidos políticos, por *José León Alapont* ..... 122
- Algunas consideraciones críticas en torno a los delitos de falso testimonio y el procedimiento arbitral, por *Jesús Martínez Ruiz*..... 142
- El caso Wannacry. Ataque en la red, por *Alberto Enrique Nava Garcés* ..... 148
- Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad, por *Carlos María Romeo Casabona*..... 165
- Víctimas del terrorismo y su participación en la ejecución de la pena, por *Carmen Salinero Alonso*..... 180
- El conflicto entre vidas en Derecho penal, por *Mario Sánchez Dafaue*..... 203

**Sistemas penales comparados:** “Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018) - Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018” ..... 221

**Especial:** “ Informe de la Clínica Jurídico-penal de la Universidad de Salamanca sobre el caso de los jesuitas (El Salvador)”, por *Juan Pablo Agudelo Mancera, Luis Alberto García Barriga, Nora Graciela Martínez Abreu, Wendy Pena González, Tamara Poza Miguel y Laura Torres* ..... 288

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



Cátedra de Derechos Humanos  
Manuel de Lardizábal



am Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

## Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jferreolive@gmail.com

## Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

## Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

## Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

## Sistemas penales comparados

Philipp Dominik y Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Jiajia Yu (China)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo y Pamela Cruz (Uruguay)
Lavinia Messori (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



## Algunas consideraciones críticas en torno a los delitos de falso testimonio y el procedimiento arbitral

Jesús Martínez Ruiz

Revista Penal, n.º 42. - Julio 2018

### Ficha Técnica

**Autor:** Jesús Martínez Ruiz

**Código ORCID:** [orcid.org/0000-0002-9509-7006](https://orcid.org/0000-0002-9509-7006)

**Title:** Some critical considerations regarding the crimes of false testimony and the arbitration procedure.

**Adscripción institucional:** Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Granada.

**Sumario:** I. Introducción. II. La base fáctica del problema. III. La prohibición de la analogía en Derecho Penal. IV. ¿Dónde reside realmente la razón última de la atipicidad del falso testimonio en el procedimiento arbitral?. V. Bibliografía citada.

**Resumen:** en el presente trabajo se analizan los problemas de atipicidad penal que plantea en la actualidad los falsos testimonios cometidos en un procedimiento arbitral.

**Palabras clave:** procedimiento arbitral. Falso testimonio. Atipicidad penal. Exposición al Gobierno.

**Abstract:** in the present work, are analyzed the problems of criminal atipicity that currently in the false testimonies committed in an arbitration procedure.

**Key words:** arbitration procedure, False testimonies. Criminal atipicity. Exhibition to the government.

**Rec:** 8-04-2018

**Fav:** 16-05-2018

## I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, la labor de los penalistas tiende a una interpretación restrictiva de los Tipos penales, buscando minimizar la restricción de los derechos y, corre-

lativamente, persiguiendo la difícil meta de minimizar los excesos de intervención del Legislador penal.

Por el contrario, en el presente trabajo probablemente concluyamos interesando del Legislador penal una perentoria ampliación de la intervención penal en lo que afecta a los delitos de Falso testimonio vertidos en

el marco de un procedimiento arbitral<sup>1</sup>, ya que, en la actualidad, resulta discutible su perfecta subsunción en los correspondientes Tipos penales.

Junto a ello nos encontramos con la certidumbre de que las mismas necesidades de protección penal del derecho a la prueba lícita que podemos encontrar en los distintos procedimientos judiciales integrados en los Artículos 458 y siguientes del Código penal, la misma “urgencia de una política criminal y judicial más enérgica en relación con el falso testimonio”<sup>2</sup>, la encontramos igualmente en los procedimientos arbitrales en cuanto medios de resolución de controversias civiles y mercantiles por parte de un árbitro o árbitros, nombrados por las partes o por un tercero, como consecuencia de un previo convenio arbitral. Máxime, si tenemos en cuenta que el procedimiento arbitral, tanto en su fase de anulación del laudo<sup>3</sup> como de ejecución forzosa del mismo<sup>4</sup>, es competencia inequívoca de los Tribunales de Justicia.

Y sí no se protege penalmente el acervo probatorio suministrado bien de forma directa por las partes en litigio, bien indirectamente a través de los diversos medios de prueba, esencialmente, la prueba testifical, pericial o documental, las posibilidades de que el Derecho que nos devuelva el Árbitro tenga poco o nada que ver con la Justicia, se multiplicarán exponencialmente. Y ello es especialmente preocupante cuando tanto a nivel doctrinal como en la praxis judicial puede detectarse una desconfianza generalizada en la fiabilidad de la prueba en general<sup>5</sup>, y de la testifical y pericial, en particular.

Desconfianza cuyas causas son plurales, todas ellas concatenadas e imputables a los diversos actores de la Justicia, sea ordinaria, sea arbitral, y entre las que sobresalen, de una parte, el debilitamiento del compromiso natural de los testigos a ser veraces y, de otra, la renuencia de la generalidad de los ciudadanos en participar en la Administración de Justicia, por no olvidar, la relajación moral de algunos Letrados que, desconociendo el deber de integridad que reviste el ejercicio de su profesión, y que les viene impuesto por su propio Código Deontológico, que les exhorta a ser honestos, leales y veraces, olvidan en ocasiones que el deber fundamental de todo Abogado, en su esencial papel de defensa de los intereses y derechos de los ciudadanos, encuentra su límite máximo, quizás único, en el fin supremo de Justicia al que la Abogacía se halla vinculada<sup>6</sup>, anteponiendo a tan elevado fin la “victoria a toda costa”, aunque para ello tengan que asumir el costo de aportar testigos, peritos e intérpretes o documentos falsos o poco creíbles. Dicho brevemente: que el aspirado triunfo de sus pretensiones no ha de lograrlo el Abogado merced a la instrumentación de medios fraudulentos o alegaciones que sabe a ciencia cierta que son falsas.

## II. LA BASE FÁCTICA DEL PROBLEMA

Para centrar desde el principio el nudo gordiano del problema nos tomaremos la licencia de colacionar dos resoluciones judiciales dictadas en sendos procesos penales por delitos de Falso testimonio consumados en el marco de un procedimiento arbitral, y así se comprenderá, claramente, el problema de fondo:

1 Para una visión amplia del procedimiento de arbitraje, vid. SAN CRISTOBAL REALES, S. *Sistemas complementarios a la jurisdicción para la resolución de conflictos civiles y mercantiles (Mediación, conciliación, negociación, transacción y arbitraje)*. Edit. La Ley. Madrid, 2013, pp. 241 y ss. También, DE LA OLIVA SANTOS, A.- Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.- VEGAS TORRES, J. *Curso de Derecho procesal Civil. II*. Edit. Ramón Areces. Madrid, 2016, pp. 585 y ss.

2 Vid. QUINTERO OLIVARES, G. “*Del Falso testimonio*”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director).- VALLE ÑUÑIZ, J. M. (Coordinador). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*. Edit. Aranzadi. Pamplona, 1996, pp. 1318. También, MARTÍNEZ RUÍZ, J. “*La criminalidad de testigos, peritos e intérpretes, a la luz del Código penal de 1995*”, en Revista de Derecho Penal. N.º 4. 2001, pp. 37 y ss. Para una visión amplia, vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.º. *El falso testimonio de testigos peritos e intérpretes*. Edit Edersa. Madrid, 2002. BERNAL VALLS, J. *El falso testimonio*. Edit. Tecnos. Madrid, 1992.

3 Vid. Artículo 8. 5 de la Ley de Arbitraje, según el cual “para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado”.

4 Vid. Artículo 8. 4 de la Ley de Arbitraje, según el cual, “para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado de acuerdo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”.

5 Así, CALLE RODRÍGUEZ, M.ª. V. “*Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal*”, en La Ley. N.º 5056. 2000, p. 1.

6 En este sentido, dispone el Artículo 30 del Estatuto General de la Abogacía Española que “el Deber fundamental del Abogado, como participe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la Abogacía se halla vinculada”.

El primero en el tiempo es el **Auto N° 373 de 26 de noviembre de 2001, de la AP de Barcelona**<sup>7</sup>, en el que la Sala, con intachable corrección técnica, por más que no nos guste su conclusión, declaraba lo siguiente:

“Por mucho que los efectos de cosa juzgada alcancen también al Laudo arbitral y por mucho que el procedimiento de arbitraje constituya un medio de solución de conflictos equiparable a la Jurisdicción, es incuestionable que dicho procedimiento de arbitraje excede del tenor literal de la expresión (dotada de inequívoco significado formativo) “causa judicial”, en cuyo marco único puede realizarse la conducta de verter falso testimonio o la falsa pericia penalmente relevante prevista en el artículo 458 del Cp.

Dicho en términos sintéticos: nunca los conceptos “arbitral” o “arbitraje” unidos al concepto de procedimiento, será equiparables, figurada, literal o gramaticalmente al concepto “judicial”, unido al concepto “causa” o “procedimiento”. Ergo, realizar la asimilación de las expresiones, como pretende el recurrente, y exigir responsabilidad penal por falso testimonio a quien ha faltado a la verdad en procedimiento arbitral, al amparo de lo dispuesto en el artículo 458 del Cp, constituiría analogía prohibida, lo que evidentemente este tribunal no puede compartir”.

Volveremos más adelante sobre este Auto.

La segunda de las resoluciones anunciadas, más reciente en el tiempo, es el **Auto N° 50, de 25 de enero de 2016, de la AP de Granada**, en el que, en línea con el anterior, viene a declarar que:

“La sola lectura de la descripción de las respectivas conductas delictivas en los tipos penales indicados pone de manifiesto lo infundado de la pretensión de la querrelante de que el proceso se siga contra los querrelados en persecución de unos hechos que nunca podrían encajar en los delitos propuestos porque se habrían dado, producido o vertido en un procedimiento, el arbitral, que no tiene carácter judicial ni es equiparable a los que se siguen ante la Jurisdicción como poder del estado integrado por Jueces y Tribunales, que es lo que, en definitiva protegen los tipos penales citados, pues aunque el procedimiento arbitral puede guardar similitud con los procesos judiciales, ya que los árbitros ejercen funciones similares a los Jueces y Tribunales en el ámbito de los materias que le son propias (relaciones sujetas a la libre disposición de las partes) e incluso sus resoluciones, los laudos, pueden adquirir fuerza

ejecutiva si así se reconoce por el Juez civil competente que se encarga de su ejecución, es claro que el principio de legalidad que impera en el Derecho penal impide extender los tipos penales a conductas no descritas por la ley penal como delito, vedando su aplicación analógica a supuestos no expresamente comprendidos en ellas: así lo disponen taxativamente los artículos 1.1 y 4. 1 del Código penal”.

Como es fácilmente apreciable, los dos Autos referenciados ponen de manifiesto una paradoja legislativa, una antinomia jurídica, en palabras de la AP de Barcelona y, a nuestro juicio, una auténtica *injusticia material* como consecuencia del descuido del Legislador penal, cual es, la impunidad del Delito de Falso testimonio propio (art. 458 Cp) y del Falso testimonio impropio (art. 461 Cp), en el marco de los procedimientos arbitrales<sup>8</sup>.

### III. LA PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA EN DERECHO PENAL

Conforme pasa nuestra vida académica y profesional nos hacemos más conscientes de que, sí queremos superar la crisis de la Justicia penal, nuestra voluntad ha de llenarse de ansias de Justicia.

Y, el problema de fondo, sobre todo en el ámbito del Derecho penal, es que no siempre la Justicia se alinea con el Derecho o con la estricta letra de la Ley.

Dicho en otras palabras: la Justicia se corresponde con el *deber ser* mientras que el Derecho se mantiene siempre en el plano del *ser*. Obviamente, ha de prevalecer el plano del *ser*, pero ello no impide igualmente atender al plano del *deber ser*, ya que, lo contrario, nos conduciría *ab initio* a carecer de cualquier posibilidad de crítica y, por ende, de perfeccionamiento del Ordenamiento jurídico en un momento en particular.

Y, efectivamente, esto es lo que ocurre en el ámbito de nuestra disciplina. En Derecho penal, a nadie se le escapa que una de las máximas garantías del ciudadano frente al poder punitivo del Estado descansa en el *principio de legalidad*, en cuya virtud sólo la Ley Orgánica puede ser la única fuente formal de creación de delitos y penas o de estados peligrosos y medidas de seguridad, excluyéndose, en consecuencia, tanto a la costumbre como a la analogía como fuentes del derecho penal<sup>9</sup>.

7 Sobre esta resolución, vid, ampliamente: ANDINO LÓPEZ, J.A. “Sobre el delito de falso testimonio en el marco de un procedimiento arbitral”, en VLex 441789, pp. 1 y ss.

8 Sobre la análoga situación que se plantea respecto del delito de prevaricación, vid. ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. “¿Es posible la prevaricación en el arbitraje?”, en Diario LA Ley. N° 7764, pp. 1 y ss.

9 Vid, ampliamente: ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general. T.I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Edit. Civitas. Madrid. 1997, pp. 114 y ss. MAURACH, R.- ZIPF, H. *Derecho Penal. Parte general. Vol.I*. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1994, pp. 157 y ss.

Ahora bien, no nos engañemos: las cosas no siempre son tan fáciles, ya que no siempre resulta diáfano distinguir entre la analogía *in malam partem* o *contraria al reo*, inadmisibles en Derecho penal y la mera interpretación extensiva de un elemento del tipo, sin duda, admisible en términos de legalidad, siempre y cuando, como indicaba COBO<sup>10</sup> “*se limite a explicitar el pensamiento o ratio legis yendo más allá de su expresión literal*”.

Sin pretender polemizar sobre la dicotomía “*analogía in malam partem vs. interpretación extensiva*”, lo que sí quisiéramos dejar claro es que tan sólo desde una visión del Derecho más apegada a la idea de Justicia que a la simple Letra de la Ley es como podremos ser conscientes de los *déficits* del Derecho y, consecuentemente, habilitar la senda para su correcta evolución.

Y, salvo que estemos profundamente equivocados, esto es lo que inspira una institución que, no por caída en excesivo desuso, tiene menos transcendencia: Nos referimos a la **Exposición al gobierno**, regulada, como todos saben, en el **artículo 4 del Texto punitivo**.

Ciertamente, si el principio de legalidad penal, cerceña todo juego a la analogía y a la Costumbre, al menos en la medida en que puedan reputarse como contrarias al reo, nuestros Jueces y Tribunales, por más que se sitúen ante un hecho notablemente perjudicial para la sociedad, jamás podrían iniciar unas Diligencias penales, con posterior enjuiciamiento, si dicha actuación no contara con el amparo de una previa norma penal.

Pero, *¿deben quedarse en una situación tal del todo punto inmutables o, por el contrario, pueden hacer algo?* La respuesta a tamaño interrogante la encontramos en el citado **artículo 4 del CP**; precepto que, tras ordenar en su **apartado 11** que *Alas Leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*, preceptúa que *en el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal*.

Fue, precisamente, a esta institución de la exposición al Gobierno, impregnada más del *deber ser* que del *ser* Derecho penal, a la que recurrió, muy acertadamente, el mencionado **Auto de 26 de noviembre de 2002, de la AP de Barcelona**, declarando, en lo esencial, lo siguiente:

“1º.– *Nada empee desde una perspectiva político-criminal, sino al contrario, la punición expresa del falso testimonio y la falsa pericia vertida en procedimiento de arbitraje, tanto más cuanto que el Legislador ha incriminado específicamente el faltar a la verdad ante una Comisión Parlamentaria (art. 520. 3 del CP) siendo así que sus posibles consecuencias son objetivamente de menor entidad lesiva que las derivadas de un laudo que funde la solución al conflicto sobre la base de una falsa deposición testifical o una falsa pericia*”.

2º.– *Al amparo de los establecido en el apartado 2º del artículo 4 del Código penal, elévese al Gobierno de la Nación copia de esta resolución en la que se exponen razonadamente los motivos por los que este tribunal entiende que el hecho objeto de análisis es digno de represión penal*”.

Huelga decir que, si hoy hablamos del *Falso testimonio y procedimiento arbitral*, como una suerte de asignatura pendiente del Derecho con la Justicia es porque nuestro Legislador, desde el año 2002 hasta la actualidad aún no ha subsanado lo que a todas luces es una laguna de nuestro Texto punitivo.

Laguna de punibilidad que, a mayor abundamiento, ha sido objeto igualmente de denuncia por parte del Tribunal Arbitral de Barcelona, quien igualmente ha tenido ocasión y voluntad de proponer la modificación del artículo 458 del Código penal, a los efectos de incluir expresamente al procedimiento arbitral, junto al judicial.

#### IV. ¿DÓNDE RESIDE REALMENTE LA RAZÓN ÚLTIMA DE LA ATIPICIDAD DEL FALSO TESTIMONIO EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL?

En honor a la verdad de nuestra Jurisprudencia, tal situación de atipicidad tan sólo es predicable respecto de las hipótesis de *Falso testimonio en sentido propio*, bien sea *de testigos* (art. 458. 1), bien *de peritos o in-*

CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte general*. Edit. Civitas. Madrid, 1996, pp. 195 y ss. ARROYO ZAPATERO, L. “*El principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*”, en REDC. Nº 8. 1983, pp. 9 y ss. LAMARCA PÉREZ, C. “*Legalidad penal y reserva de Ley en la Constitución española*”, en REDC. 1987 (20), pp. 102 y ss. MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley penal*. Edit. Dykinson. Madrid, 2015, pp. 127 y ss. FIANDACA, G.- MUSCO, E.- *Diritto penal. Parte Generale*. Edit. Zanichelli. Bolonia., 1995, pp. 47 y ss. PAGLIARO, A. *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*. Edit. Giuffrè. Milano, 1996, pp. 38 y ss.

<sup>10</sup> COBO DEL ROSAL, M.- QUINTANAR DÍEZ, M. *Instituciones de Derecho penal español. Parte General*. Cesej edic. Madrid, 2004, p. 74.

*terpretes* (art. 459), bien sea de las hipótesis de *Falso testimonio en sentido impropio*, referido a la *presentación de testigos, peritos, intérpretes, aplicable tanto a la parte como a su abogado* (art. 461. 1 y 2) que se lleven a cabo, en uno y otro caso, en la *fase declarativa o primera instancia del proceso arbitral*.

Por el contrario, si tales comportamientos acontecieran en la *fase de anulación del laudo arbitral o segunda instancia*, prevista en los **artículos 40 a 42 de la Ley de Arbitraje**, aquí sí sería factible la punibilidad del Falso Testimonio, tal y como ha reconocido expresamente la **STS 318/2006, de 6 de marzo (RJ 2006/1829)**, a la que hacemos expresa remisión, y que no encontró el menor obstáculo en dictar Sentencia condenatoria.

La razón, a nuestro juicio, más formal que otra cosa es simple; a saber: el órgano competente para conocer del Recurso de anulación de un Laudo arbitral es la Sala de los Civil y Penal del TSJ del lugar en que se dictó el Laudo, tal y como prevé el **art. 8. 5º de la Ley de Arbitraje**.

Siendo, por tanto, sólo en segunda instancia, un órgano insertado expresamente en el Poder Judicial, no así los Árbitros ni los Tribunales Arbitrales, y estando previsto el recibimiento a prueba en segunda instancia en el **artículo 42. 2 de la L.A.**, no habría obstáculo alguno a entender perseguible los falsos testimonios, en sentido amplio, ya que, nos encontraríamos ante la “causa judicial” a la que expresamente se refieren los Tipos penales contenidos en los **artículos 458 y siguientes del Texto punitivo**.

Por el contrario, en la primera instancia del proceso arbitral, al secundarse, obviamente, no ante un Juez o Magistrado, sino ante un Árbitro o Tribunal arbitral, se entiende que faltaría el elemento normativo del tipo en “causa judicial”, degenerando en atípico idéntico falso testimonio.

Esta conclusión, denunciada por lo demás por la doctrina penal que más atención ha dispensado a los delitos de falso testimonio<sup>11</sup> es, bajo nuestro personal punto de vista, absolutamente insatisfactoria, por lo formal de su perfil y, sobre todo, por la tremenda laguna de punibilidad que deja abierta.

Negar la tipicidad de los falsos testimonios, en sentido amplio, consumados en un proceso arbitral en primera instancia, ante un Árbitro o Tribunal de Arbitraje, sólo y exclusivamente por considerar que no se está en presencia de una “causa judicial” es tanto como desconocer, como ha expresado nuestro Tribunal Constitucional, entre otras en el **Auto TC 326/1993, de 28 de octubre, (RTC 1993/326)** que “*el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismo objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (SSTC 62/1991, 288/1993)*”.

Con tal interpretación que, como hemos visto, es la que de *lege lata* se secunda en nuestros Tribunales, no puede extrañar que ya en el año 1935, **FRANCESCO CARNELUTTI**<sup>12</sup>, denunciara como “*una de las mayores debilidades de la regulación positiva del proceso arbitral, la impunidad del falso testimonio que en dicho procedimiento se emita*”.

La situación, por tanto, es extremadamente preocupante por dos diversos motivos que nos servirán para concluir estas breves páginas:

A) El primer motivo, calificado de antinomia jurídica por el **Auto N° 373, de 26 de noviembre de 2001 de la AP de Barcelona**, porque sí consideramos, como se viene haciendo, que el falso testimonio en el procedimiento arbitral es penalmente atípico, correlativamente, se vacía de contenido material la posibilidad de interponer contra un Laudo firme, Recurso Extraordinario de Revisión, conforme prevé el **artículo 43 de la Ley de Arbitraje**, en relación con el **artículo 510.1º 3º de la LEC**, que prevé, curiosamente, como motivo de revisión de una Sentencia firme y también de un Laudo firme, **ex art. 43 de la Ley Arbitral**, “*el que hubiera recaído —la Sentencia y el Laudo— en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o peritos hubieran sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia*”.

B) El segundo motivo y, así concluimos, estriba en la cada vez más transcendencia que en la práctica mercantil está cobrando el procedimiento arbitral

<sup>11</sup> En este sentido, vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M<sup>a</sup>. *El falso testimonio...*, op. cit., p. 349. Pone de relieve esta autora que “aun mostrándose de acuerdo, en cuanto a su naturaleza jurídica con la **tesis jurisdiccional**, parece conveniente entender excluido el procedimiento arbitral del concepto “causa judicial”. En la misma línea, BERNAL VALLS, J. *El falso...*, op. cit., pp. 42 y 43. Sustenta este último autor que “la similitud o semejanza que, funcionalmente se da entre el árbitro y el órgano jurisdiccional, reconocida por la jurisprudencia, no es suficiente ni para estima al árbitro Juez, ni para conceder al procedimiento arbitral el carácter de proceso”.

<sup>12</sup> CARNELUTTI, F. *Teoría del falso*. Edit. Cassa Editrice. Padova, 1935, p. 117.

frente a la jurisdicción civil ordinaria, como método cotidiano de resolución de controversias jurídicas, siendo detectable, como afirma DÍEZ-PICAZO<sup>13</sup>, “una progresiva ampliación práctica del arbitraje”.

Concluimos, por tanto, tomándonos la licencia de recordarle al Legislador, *in totum*, el contenido de la Exposición al Gobierno que efectuara en 2002 la **AP de Barcelona**; concluimos, recordando la advertencia de CARNELUTTI<sup>14</sup>, en torno a que “una de las mayores debilidades de la regulación positiva del proceso arbitral, era la impunidad del falso testimonio que en dicho procedimiento se emita”; concluimos, en síntesis, con el requerimiento al Legislador Penal para que de que de una vez por todas subsane la laguna de punibilidad aquí denunciada, adicionando en los delitos de falso testimonio, al procedimiento arbitral, junto a la “causa judicial”.

## V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANDINO LÓPEZ, J. A. “Sobre el delito de falso testimonio en el marco de un procedimiento arbitral”, en VLex 441789.
- ARROYO ZAPATERO, L. “El principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, en REDC. N.º 8. 1983.
- BERNAL VALLS, J. *El falso testimonio*. Edit. Tecnos. Madrid, 1992.
- CALLE RODRÍGUEZ, M.ª. V. “Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal”, en La Ley. N.º 5056. 2000.
- CARNELUTTI, F. *Teoría del falso*. Edit. Cassa Editrice. Padova, 1935.
- COBO DEL ROSAL, M./ QUINTANAR DÍEZ, M. *Instituciones de Derecho penal español. Parte General*. Cesej edic. Madrid, 2004.
- CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte general*. Edit. Civitas. Madrid, 1996.
- DE LA OLIVA SANTOS, A./ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I./ VEGAS TORRES, J. *Curso de Derecho procesal Civil. II*. Edit. Ramón Areces. Madrid, 2016.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.ª. *El falso testimonio de testigos peritos e intérpretes*. Edit Edersa. Madrid, 2002.
- FIANDACA, G./ MUSCO, E., *Diritto penal. Parte Generale*. Edit. Zanichelli. Bolonia., 1995.
- LAMARCA PÉREZ, C. “Legalidad penal y reserva de Ley en la Constitución española”, en REDC. 1987 (20).
- MARTÍNEZ RUÍZ, J. “La criminalidad de testigos, peritos es intérpretes, a la luz del Código penal de 1995”, en Revista de Derecho Penal. N.º 4. 2001.
- MAURACH, R./ ZIPF, H. *Derecho Penal. Parte general. Vol. I*. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1994.
- MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley penal*. Edit. Dykinson. Madrid, 2015.
- PAGLIARO, A. *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*. Edit. Giuffrè. Milano, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, G. “Del Falso testimonio”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ VALLE ÑÚÑIZ, J. M. (Coordinador). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*. Edit. Aranzadi. Pamplona, 1996.
- ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Edit. Civitas. Madrid. 1997.
- SAN CRISTOBAL REALES, S. *Sistemas complementarios a la jurisdicción para la resolución de conflictos civiles y mercantiles (Mediación, conciliación, negociación, transacción y arbitraje)*. Edit. La Ley. Madrid, 2013.
- ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. “¿Es posible la prevaricación en el arbitraje?”, en Diario La Ley. N.º 7764.

13 Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A.-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.- VEGAS TORRES, J. *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial*. Edit. Ramón Areces. Madrid, 2016, p. 588.

14 CARNELUTTI, F. *Teoría del falso*. Edit. Cassa Editrice. Padov, 1935, p. 117.