

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 2637-2023/NACIONAL
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título Delitos de colusión y asociación ilícita alcances Excepción de improcedencia de acción

Sumilla 1. El artículo 386 del Código Penal, invocado en el *sub judice*, se erige en un tipo delictivo complementario de ampliación de autoría por delito funcional a sujetos que no son funcionarios o servidores públicos –los árbitros, en este caso–. No es un tipo delictivo autónomo que posea conducta propia, sino que los aportes de los autores equiparados están supeditados a los niveles de incidencia que adquieran –en este caso– al delito de **COLUSIÓN**. **2.** Empero, a los efectos de la configuración penal de la conducta cuestionada, relacionada con el delito de colusión agravada, debe acogerse una interpretación de bien más amplia, acorde con el carácter de tipo complementario del precepto legal analizado, para lo cual es dable acudir a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en cuyo artículo 2, literal “f”, define “bienes” como “[...] *los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles e inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos*”. Luego, si en el proceso arbitral está en discusión una deuda de dinero del Estado derivada de la rehabilitación y mejoramiento de una carretera, lo pretendido sin duda es un bien que reclama la empresa demandante. **3.** En lo atinente al delito de asociación ilícita, el artículo 317 del CP, según el Decreto Legislativo 982, de veintidós de julio de dos mil siete, sanciona al integrante de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos. Con posterioridad, y finalmente, la Ley 32108, de nueve de agosto de dos mil veinticuatro, **de un lado**, no solo ratificó el cambio de denominación al delito por el de organización criminal, fijada en disposiciones legales anteriores (Decreto Legislativo 1244, de veintinueve de octubre de dos mil dieciséis, y Decreto Legislativo 1611, de veintiuno de diciembre de dos mil veintitres), sino que, **de otro lado**, comprendió en el delito a los que organicen, constituyan o integren una organización criminal –con un agravante específico cuando se trata de líderes, jefes, financistas o dirigentes de la organización–, con la consolidación de una compleja estructura desarrollada y de mayor capacidad operativa, compuesta por tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido y con reparto de roles para la comisión de delitos sancionados con pena privativa de libertad mayor de seis años, y que persigan la obtención del control de la cadena de valor de una economía o mercado ilegal, para obtener un beneficio económico. **4.** En función a la ley vigente cuando el delito imputado se habría cometido (Decreto Legislativo 982), el concreto sujeto activo (siendo un delito plurisubjetivo) es un individuo que está insertado en la organización criminal. Comprende todo acto de adhesión personal y material a una estructura delictiva preexistente y a la cual se incorpora de modo pleno e incondicional. El integrante se somete a los designios del grupo criminal, a las líneas y las competencias de sus órganos de dirección, comprometiéndose, además, de modo expreso o implícito, a realizar las acciones operativas que le sean encomendadas. La duración de la integración del agente individual, con la nueva Ley, debe ser, amén de estable, de carácter permanente o por tiempo indefinido –ya no temporal, ocasional o aislada, conforme a la anterior legislación–. **5.** Las notas características de la organización criminal antes detalladas y su contrastación con lo que afirmó la Fiscalía respecto de la conducta del imputado no están presentes. La pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación. La existencia de personas aún coordinadas, no supone la existencia de una organización en cuanto *aliud* y plus, frente a la mera codelincuencia, que no se satisface con la mera reunión de personas para delinquir.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, dos de octubre de dos mil veinticuatro

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación, por la causal de **infracción de precepto material**, interpuesto por la defensa del encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE contra el auto de vista de fojas



doscientos ochenta y tres, de veintidós de diciembre de dos mil veintidós, que confirmando el auto de primera instancia de fojas doscientos cuarenta y dos, de seis de diciembre de dos mil veintiuno, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; con todo lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso. En el proceso penal incoado en su contra por delitos de colusión agravada y asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que los hechos objeto de investigación y de imputación por parte del Ministerio Público son los siguientes delitos:

∞ **1. Delito de colusión desleal**

* Conforme a la disposición treinta y uno, se imputa al encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE la comisión del delito de colusión desleal (artículos 384, segundo párrafo, y 386 del Código Penal), en razón a su intervención como árbitro en el proceso *Ad Hoc* I.208-2011. En el desarrollo de la controversia arbitral intervino directamente en su condición de arbitro, concertando con los otros dos árbitros, Alfredo Zapata Velasco y Ricardo Espinoza Rimachi, y con la demandante Odebrecht con el objeto de defraudar al Estado; así, en los años dos mil once a dos mil catorce, CARAL (integrada por Héctor García Briones, Juan Berlanga Zúñiga e Iván Galindo Tipacti) preparó el ropaje jurídico y los escritos de demanda de la empresa Odebrecht. Luego, el encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE y los otros dos árbitros, a través de sus resoluciones, dolosamente desdoblaron la única pretensión (por liquidación del contrato y cuya cuantía era cuarenta y dos millones de soles) y la ampliaron en más de cinco pretensiones, entre principales, accesorias y otras. Por ello, después de la instalación del Tribunal Arbitral, Odebrecht, conociendo este hecho y a condición de que sus demandas sean amparadas, dejaron que el Tribunal Arbitral señale como honorarios quinientos veinticinco mil soles más impuesto general a las ventas para que se pague a cada arbitro ciento cincuenta mil soles y a la Secretaría setenta y cinco mil soles. El encausado y los otros dos árbitros, el veinticinco de octubre de dos mil once mediante resolución número seis estimaron las pretensiones por un monto de doscientos doce millones sesenta y tres mil doscientos ochenta y ocho soles con sesenta y cuatro céntimos.

* Posteriormente, por resolución de veinticinco de octubre de dos mil once, el Tribunal Arbitral estableció que este monto era el último anticipo. Sin embargo, emitió un tercer anticipo mediante resolución número veintinueve por un monto que duplicó los dos montos anteriores, esto es, por un millón doscientos veinticinco mil soles más el impuesto general a las rentas; y, finalmente, el dieciséis de noviembre de dos mil doce, tras emitir el laudo parcial expiden la resolución ciento nueve estableciendo la liquidación de honorarios arbitrales



por la suma adicional de ochocientos setenta y cinco mil soles más impuesto general a las ventas, sumas que ascendían a tres millones ciento cincuenta mil soles generando así una “sumatoria de pretensiones” para arribar a una cuantía de más de cien millones de soles.

∞ **2. Delito de asociación ilícita para delinquir**

* Por Disposición treinta y uno, de dieciocho de octubre de dos mil diecinueve, se atribuyó al encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE la comisión del delito de asociación ilícita para delinquir, pues en el proceso arbitral *Ad Hoc* I.208-2011 intervino como presidente del Tribunal Arbitral, y promovió las actividades ilícitas de la organización criminal Odebrecht, ya que desde el dos mil once al dos mil quince, junto a los otros dos árbitros Alfredo Zapata Velásquez y Ricardo Espinoza Rimachi, y los integrantes de CARAL (Héctor García Briones, Juan Manuel Berlanga Zúñiga e Iván Galindo Tipacti) predeterminaron el resultado y sentido del arbitraje. Incluso, no obstante que fue recusado y el laudo arbitral que se emitió fue anulado por el Poder Judicial, volvió a laudar a favor de Odebrecht. En el desarrollo de esta controversia arbitral, Eleuberto Antonio Martorelli instruyó a Ricardo Paredes Reyes para pedir a Horacio Cánepa Torres, que lo ayude con una “gestión” a través de Flores Nano, debido a que ella estaba en deuda con Odebrecht, y le pida al encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE que asegure que su Tribunal emita un laudo positivo y se reconozca a Odebrecht la deuda o reclamo pendiente. Como consecuencia de ello, en octubre de dos mil doce el Tribunal lauda parcialmente reconociendo más de ocho millones de soles a favor de Odebrecht y deja pendiente para un laudo final la pretensión sobre la mayor permanencia de equipo en obra y la mayor necesidad de equipo en obra. En febrero de dos mil trece el Tribunal Arbitral emitió el laudo final por unanimidad reconociendo más de diecisiete millones de soles a favor de Odebrecht, el presupuesto por mayor permanencia de equipos a favor de Odebrecht y que la entidad demandada asuma en mayor proporción los costos. En estos laudos intervino el encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE.

* La Fiscalía por Disposición sesenta, de trece de mayo de dos mil veintiuno, precisó la imputación indicando que el encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE sería autor del delito de asociación ilícita para delinquir, artículo 317, primer y segundo párrafo, literal a), del Código Penal, vigente al momento de los hechos por Decreto Legislativo 982, de veintidós de julio de dos mil siete, ya que formó parte de la asociación criminal dedicada a obtener beneficios económicos a partir de la función arbitral que desempeñó junto con otros árbitros, los que emitían laudos arbitrales, tal como se tiene en el proceso arbitral I.208-2011, a favor de la empresa Odebrecht y en perjuicio del Estado, del Proyecto Especial Central Huallaga Bajo Mayo, previa concertación entre los funcionarios de dicha empresa y su intermediario Horacio Cánepa Torres.



∞ **3. Delito de cohecho pasivo específico**

El encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE en su condición de presidente del Tribunal Arbitral favoreció a la empresa Odebrecht en el proceso arbitral 1208-2011. Solicitó indirectamente a Odebrecht, un soborno a través del elevado honorario arbitral por la suma total de novecientos noventa nueve mil novecientos noventa soles con noventa y seis céntimos, con lo que defraudó al Estado.

∞ **4. Delito de lavado de activos**

Todos los bienes adquiridos con dinero ilícito los tiene ocultos, puesto que en la SUNARP no registra ningún bien mueble o inmueble a su nombre.

SEGUNDO. Que el procedimiento se desarrolló como a continuación se detalla:

1. Mediante disposición treinta y uno, de fojas dieciséis, de dieciocho de octubre de dos mil diecinueve, se formalizó y continuó la investigación preparatoria contra MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE y otros por los delitos de cohecho pasivo específico, colusión agravada, asociación ilícita y lavado de activos en agravio del Estado.
2. Por disposición sesenta, de fojas ochenta y siete vuelta, de trece de mayo de dos mil veintiuno, se precisó la imputación y las calificaciones penales respecto, entre otros, del encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE.
3. La defensa del encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE por escrito de fojas dos, de nueve de julio de dos mil veintiuno, dedujo excepción de improcedencia de acción. Alegó que ampara su pedido en el artículo 6, apartado 1, literal 'b', y artículo 8, apartado 1, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–, pues el hecho imputado no constituye delito, concretado en la disposición Fiscal treinta y uno, precisada por disposición sesenta; que la imputación en su contra no cumple con desarrollar fácticamente los elementos típicos del delito de colusión desleal en el ámbito de un proceso arbitral; que en la última disposición aclaratoria el Ministerio Público llegó a precisar que los hechos se subsumen en el delito de asociación ilícita para delinquir previsto en el artículo 317 del Código Penal –en adelante, CP–, por haber sido parte de la organización criminal.
4. Llevada a cabo la audiencia de excepción de improcedencia de acción, el Séptimo Juzgado de la Investigación Preparatoria Nacional expidió el auto de primera instancia de fojas doscientos cuarenta y dos, de seis de diciembre de dos mil veintiuno, que desestimó dicha excepción. Sus consideraciones son:
 - A. El dispositivo legal invocado por la defensa, artículo 386 del CP, no resulta excluyente ni limitante sino complementario a lo establecido en el artículo 384 del CP. Si bien que el delito de colusión se da en un contexto de contratación estatal, no se limita a lo mencionado en la Ley de Contrataciones del Estado, sino que engloba a todos los contratos y operaciones administrativas y civiles en los que el Estado intervenga, mientras que los referidos a cualquier operación a cargo del Estado se



constituye en una cláusula abierta que engloba a todo tipo de operación bilateral de naturaleza económica en los que intervenga el Estado.

- B.** El marco de imputación sobre la tramitación del proceso arbitral *Ad Hoc* I.208-2011, en el que se ventiló la controversia entre Odebrecht Perú Ingeniería Construcción Sociedad Anónima Cerrada *versus* el Proyecto Especial Central de Huallaga Bajo Mayo del Gobierno Regional de San Martín, comprende en el mismo una participación estatal que permite encuadrarlo en el delito de colusión, máxime si la Fiscalía sostiene que la sumatoria de pretensiones arriban a una cuantía de más de cien millones de soles en perjuicio del Estado.
- C.** En cuanto al delito de asociación ilícita, la defensa cuestiona que la disposición sesenta, si bien readecua la imputación contra su patrocinado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE, no cuenta con los elementos de estructura y permanencia. Empero, en primer término, debe diferenciarse entre un “integrante de una organización criminal” y “una organización”, la cual debe tener una permanencia, lo que no sucede para el integrante, porque a éste le basta seguir los designios de la organización, en tanto el miembro puede desarrollar una actuación “eventual, temporal, ocasional o aislada”.
- 5.** La defensa del encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE interpuso recurso de apelación mediante escrito de fojas doscientos cincuenta, de veinte de diciembre de dos mil veintiuno. Instó se revoque el auto desestimatorio de primera instancia y que se declare fundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo. Expuso que, en cuanto al delito de colusión desleal, en concreto la imputación fiscal, no cumple con desarrollar los elementos típicos de dicho delito en el ámbito de un proceso arbitral; que el juez declaró infundada la excepción de improcedencia de acción por entender que todos los supuestos típicos del artículo 384 del CP resultarían aplicables a la conducta incriminada prevista en el artículo 386 del CP; que, en lo concerniente al delito de asociación ilícita, los hechos postulados por el Ministerio Público no se subsumen típicamente dentro de los elementos estructural y temporal estipulado en el Acuerdo Plenario 4-2006 y otros, pues no basta que se impute a su defendido MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE ser parte de una asociación criminal a fin de emitir laudos arbitrales en favor de Odebrecht.
- 6.** Concedido el recurso de apelación por auto de fojas doscientos cincuenta y ocho, de veintiuno de diciembre de dos mil veintiuno, declarado bien concedido por el Tribunal Superior y cumplido el procedimiento de apelación, la Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional dictó el auto de vista de fojas doscientos ochenta y tres, de veintidós de diciembre de dos mil veintidós, que confirmó el auto de primera instancia y declaró infundada la excepción de improcedencia de acción. Sus argumentos son:
- A.** En lo concerniente a la alegada interpretación errónea de la extensión de punibilidad del delito de colusión para los árbitros prevista en el artículo



386 del CP porque le serían aplicables todos los supuestos típicos previstos en el artículo 384 del citado Código, es de puntualizar que el citado artículo no crea un tipo penal autónomo, por el contrario, se trata de una extensión de los artículos 384 y 385 del CP, respecto del cual se debe aplicar la naturaleza delictiva y su consecuencia penal.

- B.** En lo atinente al delito de asociación ilícita para delinquir, la defensa afirmó que no existe desarrollo fáctico de los elementos estructural y temporal, que la excepción deducida tiene que ver con hechos subsumidos en su oportunidad en el artículo 317 del CP, que en la recurrida se hizo una diferenciación entre “integrante de una organización criminal” y “una organización” del que para la última tiene que existir una permanencia, lo que no sucede para el integrante porque solo le basta seguir los designios de la organización, en tanto el miembro puede desarrollar una actuación “eventual, temporal, ocasional o aislada”.
- C.** En orden a la alegación de que en la disposición de la Fiscalía no se desarrollaron los elementos estructural y temporal, es de precisar que la argumentación de la recurrida, en el sentido que los elementos estructural y temporal son materia de probanza, no es correcta ya que para imputar el delito de organización criminal han de consignarse las premisas fácticas que desarrollan los elementos estructurales de una organización criminal. Si bien la Fiscalía en una disposición debe desarrollar los elementos estructurales de la organización criminal, no se requiere el desarrollo de estos para la imputación de cada uno de los integrantes de la misma.
- D.** La defensa del encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE interpuso recurso de casación contra el auto de vista, que fue concedido por auto de fojas trescientos catorce, de cinco de agosto de dos mil veintitrés.

TERCERO. Que la defensa del encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE en su escrito de recurso de casación de fojas doscientos noventa y cinco, de treinta de enero de dos mil veintitrés, invocó el motivo de casación de **infracción de precepto material** (artículo 429, inciso 3, del CPP).

∞ Desde el acceso excepcional, propuso se precise **(i)** que la extensión de punibilidad del artículo 386 del CP en relación con el artículo 384 del mismo Código debe interpretarse solamente respecto a los **bienes** –no a las **obras y servicios**– en cuya tasación, adjudicación o partición ha intervenido un árbitro; **(ii)** que es inconducente la incriminación conjunta de los delitos de colusión agravada y de cohecho pasivo específico; y, **(iii)** que la adecuación típica de una conducta al tipo penal de asociación ilícita exige que se cumpla con los elementos objetivos y subjetivos que lo componen, lo que no se ha llevado a cabo.



CUARTO. Que, este Tribunal Supremo por Ejecutoria de fojas ciento veinte, de ocho de marzo de dos mil veinticuatro, declaró bien concedió el recurso de casación por la causal de **infracción de precepto material** (artículo 429, inciso 3, del CPP).

∞ Corresponde, respecto del árbitro, examinar los alcances de la concordancia de los artículos 384 y 386 del CP. De igual manera, debe concretarse los elementos del tipo delictivo de asociación ilícita, vigente cuando los hechos inculcados tuvieron lugar, y establecer si éste aplicable a los hechos objeto del proceso penal respecto de la conducta atribuida al encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE.

QUINTO. Que, instruido el expediente en Secretaría, por decreto de fojas ciento treinta y cinco, de diez de julio de dos mil veinticuatro, se señaló fecha para la audiencia de casación el día dieciocho de septiembre de dos mil veinticuatro.

∞ La audiencia de casación se realizó con la concurrencia de la defensa del encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE, doctor Edwar Omar Álvarez Yrala, el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor César Zanabria Chávez, y el abogado de la Procuraduría Pública especializada en delitos de corrupción de funcionarios, doctor Rafael Hernández Changan Documento, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

SEXTO. Que, cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura casacional, desde la causal de **infracción de precepto material**, estriba en determinar (*i*) los alcances de la concordancia de los artículos 384 y 386 del CP; y, (*ii*) los elementos del tipo delictivo del artículo 387 del CP y su aplicación a los hechos atribuidos al encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE.

SEGUNDO. Que, en principio, existe línea jurisprudencial consolidada en el sentido de que la excepción de improcedencia de acción, vinculada al objeto procesal, solo permite realizar un juicio de subsunción normativa respecto del relato formulado por el Ministerio Público en el acto de imputación fiscal pertinente (disposición de formalización de la investigación preparatoria o acusación fiscal escrita). Esta defensa formal se centra en cuestionar si el hecho atribuido por el fiscal, tal como se postula –en sus propios términos–, es una conducta típica, antijurídica y punible. Está vedado cuestionar probatoriamente el hecho



atribuido, reducirlo, variarlo o negarlo, así como también sostener la falta de claridad y precisión del *factum* para sustentar la viabilidad de la aludida excepción.

TERCERO. Que son cuatro los delitos imputados al encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE: colusión desleal, asociación ilícita – hoy denominado organización criminal–, cohecho pasivo específico y lavado de activos. La presente excepción de improcedencia de acción se circunscribe a dos de los cuatro delitos: colusión desleal y asociación ilícita (organización criminal).

∞ El marco fáctico se refiere a la concreta actuación del encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE como árbitro, en el proceso arbitral *Ad Hoc* I.208-2011, en el que intervino como presidente del Tribunal Arbitral, por designación de la OSCE. Se afirmó lo que a continuación se expone:

* (1) Como consecuencia de una concertación con la empresa Odebrecht, a través de sus resoluciones, desdobló la única pretensión y la amplió en más de cinco pretensiones, entre principales, accesorias y otras, al punto que la empresa Odebrecht dejó que el Tribunal Arbitral, que presidía el referido encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE, señale como honorarios quinientos veinticinco mil soles más el impuesto general a las ventas, para que se pague a cada arbitro ciento cincuenta mil soles y a la Secretaría setenta y cinco mil soles, a partir del cual el veinticinco de octubre de dos mil once, mediante resolución número seis, los árbitros estimaron las pretensiones por un monto de doscientos doce millones sesenta y tres mil doscientos ochenta y ocho soles con sesenta y cuatro céntimos. Además, por resolución de veinticinco de octubre de dos mil once estableció que este monto era el último anticipo, pero emitió un tercer anticipo por resolución veintinueve por un monto que duplicó los dos montos anteriores, esto es, por un millón doscientos veinticinco mil soles más el impuesto general a las ventas; y, finalmente, el dieciséis de noviembre de dos mil doce, tras emitir el laudo parcial se expidió la resolución ciento nueve que fijó la liquidación de honorarios arbitrales por la suma adicional de ochocientos setenta y cinco mil soles más impuesto general a las ventas, sumas que ascendían a tres millones ciento cincuenta mil soles generando así una “sumatoria de pretensiones” para arribar a una cuantía de más de cien millones de soles.

* (2) El encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE, en un primer momento de los cargos formulados por la Fiscalía, habría promovido las actividades ilícitas de la organización criminal Odebrecht, ya que desde el dos mil once al dos mil quince, junto a los otros dos árbitros y los integrantes de CARAL, predeterminó el resultado y sentido del arbitraje. Incluso, no obstante que fue recusado y el laudo arbitral que se emitió fue anulado por el Poder Judicial, volvió a laudar a favor de Odebrecht. Asimismo, se pidió a Horacio Canepa Torres que ayude con una “gestión” a través de Flores Nano, debido a que ella estaba en deuda con Odebrecht, y le pida al encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE que asegure que su Tribunal emita



un laudo positivo y se reconozca a Odebrecht la deuda o reclamo pendiente, laudo favorable que finalmente ocurrió. En un segundo y último momento, la Fiscalía modificó el título de intervención delictiva a la condición de integrante de la organización criminal Odebrecht [vid.: Sección VI, Título 6.26.2 de la disposición sesenta, de trece de mayo de dos mil veintiuno, folio trescientos].

CUARTO. Que, en atención a este cuadro de hechos, es de rigor realizar la subsunción normativa en relación a los tipos delictivos de colusión desleal y asociación ilícita. Como pauta metodológica, debe diferenciarse, desde la imputación objetiva, dos juicios sucesivos: (i) un juicio empírico –si lo ocurrido es una acción propiamente tal y qué clase de comportamiento es– y (ii) un juicio de valoración –evaluación si la conducta en cuestión pertenece o no al género de conductas que la ley pretende prevenir mediante esas normas penales, es decir, si el agente desplegó un riesgo relevante en el sentido del tipo delictivo y, además, que dicho riesgo se realizó en lo exigido por el tipo delictivo [SÁNCHEZ-OSTIZ, PABLO: *Delictum 2.0*, 4ta. Edición, Editorial EUNSA, Pamplona, 2017, pp.19-20].

QUINTO. Que, respecto del delito de colusión desleal, se tiene que el casacionista actuó como árbitro en la dilucidación de una controversia entre la empresa Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción Sociedad Anónima Cerrada con el Proyecto Especial Central del Huallaga Bajo Mayo – Gobierno Regional de San Martín, en el marco de un contrato de obra de rehabilitación y mejoramiento de la carretera Empalme PE – 5N –Cuñunbuque – Zapatero – San José de Sisa, sobre liquidación final de obra y daños y perjuicios. En el proceso arbitral, según los cargos se desdobló la única pretensión en más de cinco pretensiones principales; se permitió un pago excesivo por honorarios; y, se estimó parcialmente la demanda de la empresa Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción Sociedad Anónima Cerrada.

∞ Fijado el juicio empírico es de rigor examinar el juicio de valoración. El delito de colusión agravada (ex artículo 384, segundo párrafo, del CP) es uno de resultado de lesión e importa un acuerdo colusorio entre el agente oficial competente en orden a las contrataciones y adquisiciones estatales de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, en virtud del cual defrauda patrimonialmente al Estado.

∞ El artículo 386 del Código Penal, invocado en el *sub judice*, se erige en un tipo delictivo complementario de ampliación de autoría por delito funcional a sujetos que no son funcionarios o servidores públicos –los árbitros, en este caso–. No es un tipo delictivo autónomo que posea conducta propia, sino que los aportes de los autores equiparados están supeditados a los niveles de incidencia que adquieran –en este caso– al delito de colusión [ROJAS VARGAS, FIDEL: *Delitos contra la Administración Pública*, Tomo I, 5ta. Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2021, p. 627]. El precepto penal estatuye: “Las disposiciones de los artículos 384 [...] son aplicables a los peritos, árbitros y



contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias”.

∞ La extensión de autoría o de punibilidad en este caso requiere que los elementos típicos del delito de colusión estén presentes, con la salvedad del agente delictivo: el árbitro en este caso. En lo esencial se precisa del árbitro un acto de concertación ilegal para favorecer indebidamente a una de las partes y, en el caso del delito de colusión agravada, que cause un efectivo perjuicio patrimonial al Estado –debe haber un interés del Estado que es afectado–. Respecto del ámbito de aplicación, el artículo 386 del CP hace mención a **bienes**, obviamente del Estado, en el marco de un proceso de contratación pública u otros procedimientos en los que [los árbitros] participen cumpliendo un rol especial [cfr.: PARIONA ARANA, RAÚL: *El delito de colusión*, 2da. Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2023, pp. 117-118].

∞ No está en discusión, por expreso mandato legal, que el árbitro puede cometer el delito de colusión desleal, desde que está en condiciones de intervenir dentro del desarrollo del acuerdo colusorio en la fase de la ejecución del proceso de contratación a través del proceso arbitral, aportando un elemento esencial en la viabilidad del acuerdo colusorio entre funcionario y tercero interesado. El arbitraje forma parte, normalmente, del reconocimiento de la deuda económica del Estado a favor del tercero interesado, la cual queda plenamente establecida con el laudo arbitral [MARTÍNEZ HUAMÁN, RAÚL ERNESTO: *Delito de colusión*, Editores del Centro, Lima, 2024, p. 190]. Así ha sido resuelto por la Sentencia Casatoria 1379-2017/Nacional, de veintiocho de agosto de dos mil dieciocho.

∞ Afirma el casacionista que lo dilucidado en el proceso arbitral fue un conflicto derivado de un contrato de obra, no de bienes, por lo que el ámbito del delito de colusión desleal estipulado en el artículo 386 del CP no está comprendido como conducta típica. Es verdad, desde el Anexo Único del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF, de uno de febrero de dos mil nueve, que en el ámbito del derecho de contrataciones del Estado existe una diferencia entre bienes, obra y servicio en general –en lo pertinente, los bienes son objetos que requiere una Entidad para el desarrollo de sus actividades y cumplimiento de sus fines, mientras que una obra es la construcción, reconstrucción, remodelación, demolición, renovación y habilitación de bienes inmuebles, tales como, entre otros, carreteras entre otros, que requieren dirección técnica y otros–. Empero, a los efectos de la configuración penal de la conducta cuestionada, relacionada con el delito de colusión desleal agravada, debe acogerse una interpretación de ‘bien’ más amplia, acorde con el carácter de tipo complementario del precepto legal analizado, para lo cual es dable acudir a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en cuyo artículo 2, literal ‘f’, define “bienes” como “[...] *los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles e inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u*



otros derechos sobre dichos activos”. Luego, si en el proceso arbitral está en discusión una deuda de dinero del Estado derivada de la rehabilitación y mejoramiento de una carretera, lo pretendido sin duda es un bien que reclama la empresa demandante.

∞ Un dato de hecho es que la Fiscalía sostuvo que se cobró honorarios desmesurados y, por ello, se amparó parcialmente la demanda, que fue la explicación de la concertación de los árbitros con Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción Sociedad Anónima Cerrada y el Estado. La afirmación de existencia de **concertación**, a partir de datos indirectos, con un resultado lesivo al Estado, desde luego, requiere de probanza específica. No es este el medio de defensa –que es formal– al que debe recurrirse, sino a un medio de defensa material que ha de ser planteado en los procedimientos intermedio y principal en su caso.

∞ En tal virtud, este punto impugnativo no es de recibo. Debe desestimarse.

SEXTO. Que, en lo atinente al delito de asociación ilícita, el artículo 317 del CP, según el Decreto Legislativo 982, de veintidós de julio de dos mil siete, sanciona al integrante de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos. Con posterioridad, y finalmente, la Ley 32108, de nueve de agosto de dos mil veinticuatro, **de un lado**, no solo ratificó el cambio de denominación al delito por el de organización criminal, fijada en disposiciones legales anteriores (Decreto Legislativo 1244, de veintinueve de octubre de dos mil dieciséis, y Decreto Legislativo 1611, de veintiuno de diciembre de dos mil veintitrés) –que igualmente, y en todas las reformas del artículo 317 del CP, se erige en un delito de mera actividad y de peligro abstracto, por lo que se configura con la sola verificación del comportamiento típico sin necesidad de la producción de un resultado adicional–, sino que, de otro lado, **(i)** comprendió en el delito a los que organicen, constituyan o integren una organización criminal – con una agravante específica cuando se trata de líderes, jefes, financistas o dirigentes de la organización–, **(ii)** con la consolidación de una compleja estructura desarrollada y de mayor capacidad operativa, **(iii)** compuesta por tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, **(iv)** con reparto de roles para la comisión de delitos graves sancionados con pena privativa de libertad mayor de seis años, y **(v)** que persigan la obtención del control de la cadena de valor de una economía o mercado ilegal para obtener un beneficio económico –solo determinados delitos graves en función a la obtención de beneficios económicos–.

∞ En función a la ley vigente cuando el delito imputado se habría cometido (Decreto Legislativo 982), el concreto sujeto activo (siendo un delito plurisubjetivo) es un individuo que está insertado en la organización criminal. Esta integración comprende todo acto de adhesión personal y material a una estructura delictiva preexistente y a la cual se incorpora de modo pleno e incondicional. El integrante se somete a los designios del grupo criminal, a las líneas y las competencias de sus órganos de dirección, comprometiéndose,



además, de modo expreso o implícito, a realizar las acciones operativas que le sean encomendadas [PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Los delitos del crimen organizado*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2021, p. 67]. En la línea del Decreto Legislativo 982, vigente cuando los hechos, que solo comprende al que integra la organización, se entiende que comprende a los meros militantes –membresía activa o, incluso, pasiva– y a los integrantes que ostentan capacidad de decisión y responsabilidad autónoma y efectiva dentro de la misma, y están referidas a quienes prestan cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de algunos de los delitos a que propenda la organización –según las características ya aludidas–, no siendo necesaria la autoría de los mismos [VERA SÁNCHEZ, JUAN SEBASTIÁN – VALIENTE IVAÑEZ, VICENTE y otros: *Manual de Derecho Penal Parte Especial Tomo I*, 3ra. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 882]. La duración de la integración del agente individual, a partir de las exigencias de la nueva Ley, debe ser, amén de estable, de carácter permanente o por tiempo indefinido –ya no temporal, ocasional o aislada, conforme se desprendía de la anterior legislación–, lo que se advierte de modo más claro en el nuevo texto del artículo 2, apartado 1, literal ‘b’, de la Ley 30077, Ley contra el crimen organizado, que estatuye: “[...] sus miembros tienen determinados roles y correlacionados entre sí, que logran de esa manera su permanencia en el tiempo e integración en la organización”.

∞ En el presente caso, desde el relato del Ministerio Público, el encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE, junto a los otros dos árbitros y los integrantes de CARAL, habría predeterminado el resultado y sentido del arbitraje y emitido un laudo favorable a los intereses de la organización criminal Odebrecht. Cabe acotar que en la disposición treinta y uno, de dieciocho de octubre de dos mil diecinueve, se señaló que Odebrecht aceptó una excesiva suma por honorarios para que el laudo sea favorable a sus intereses, lo que fue un soborno indirecto [vid.: Sección 3.2.3.6, folio sesenta y ocho de la disposición], afirmación que en todo caso no constituye el delito de asociación ilícita u organización criminal, que luego la propia Fiscalía calificó como delito de cohecho pasivo específico [vid.: disposición sesenta, Sección VI, capítulo 6.26.1, folios 226-227].

∞ Siendo así, desde el juicio de valoración, se tiene que de lo expuesto, en sus propios términos, no se advierte que la conducta atribuida al encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE refleja un reparto de responsabilidades y tareas con la suficiente consistencia y rigidez –siempre estable y, además, permanente o por tiempo indefinido según la nueva exigencia legal–, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codelinencia o, incluso, de bandas criminales [Cfr.: STSE de 18 de julio de 2014]. En esta línea, es de puntualizar que no es lo mismo ser integrante de una organización criminal, que ser una persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma (*extraneus*). Lo que el tipo delictivo castiga es la integración del sujeto en la



organización –con las características ya indicadas: relevantemente, estructura compleja con relaciones de jerarquía y disciplina, y reparto coordinado de tareas o funciones entre los distintos miembros con permanencia en el tiempo, cuya finalidad es la comisión de delitos graves como producto de una voluntad colectiva superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros [cfr.: STSE 178/2016, de 3 de marzo]–, y no en la actividad de la organización, de suerte que se sanciona la pertenencia como rasgo caracterológico del sujeto, más que su participación relevante en la actividad ilícita de la organización. Subjetivamente, se exige el conocimiento del sujeto de su vinculación con la organización, así como de la actividad que habrá de desarrollar, y que la cualifica como organización criminal [SÁINZ– CANTERO CAPARROS, JOSÉ y otros: *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, 2da. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2016, pp. 1402-1403].

∞ Por ello, las notas características de la organización criminal antes detalladas y su contrastación con lo que afirmó la Fiscalía respecto de la conducta atribuida al imputado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE no están presentes. La pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación. La existencia de personas aún coordinadas, no supone la existencia de una organización en cuanto *aliud* y plus, frente a la mera codelinquencia, que no se satisface con la mera reunión de personas para delinquir [cfr.: STSE 669/2017, de 11 de octubre].

∞ En consecuencia, este punto impugnativo debe estimarse. Así se declara. La decisión en este punto, por tratarse de un motivo de infracción de precepto material penal, debe ser rescindente y rescisoria.

SÉPTIMO. Que, en cuanto a las costas, es de aplicación el artículo 497, apartados 1, del CPP. No cabe su imposición por tratarse de un auto interlocutorio.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO**, parcialmente, el recurso de casación, por la causal de **infracción de precepto material**, interpuesto por la defensa del encausado MARIO EDUARDO JUAN MARTÍN CASTILLO FREYRE contra el auto de vista de fojas doscientos ochenta y tres, de veintidós de diciembre de dos mil veintidós, que confirmando el auto de primera instancia de fojas doscientos cuarenta y dos, de seis de diciembre de dos mil veintiuno, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; con todo lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso. En el proceso penal incoado en su contra por delitos de colusión agravada y asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado. En consecuencia, **(1) NO CASARON** el auto de vista en cuanto a la desestimación de la excepción de improcedencia de acción por el delito de colusión agravada; y, **(2) CASARON** el auto de vista en orden a la



desestimación de la excepción de improcedencia de acción por el delito de asociación ilícita para delinquir. **II.** Y actuando en sede de instancia, respecto del delito de asociación ilícita para delinquir, **REVOCARON** el auto de primera instancia; reformándolo: declararon **FUNDADA** la referida excepción por el delito de asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado; y, de conformidad con el artículo 6, apartado 2, del CPP: **SOBRESEYERON** la causa seguida contra el citado encausado por el referido delito en agravio del Estado, anulándose sus antecedentes por este delito. **III.** Sin costas. **IV. ORDENARON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior para los fines de ley; registrándose. **V. DISPUSIERON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **INTERVINO** el señor Peña Farfán por vacaciones de la señora Altabás Kajatt. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

PEÑA FARFÁN

CSMC/RBG