

DOCTRINA

Un análisis dogmático penal de la colusión en su forma de acuerdo único y continuo (*single continuous infringement*). ¿Delito de organización, delito continuado o unidad típica de acción?

*A criminal law analysis of collusion as a single continuous infringement.
Conspiracy, continuous offense, or unity of action?*

Ignacio Peralta Fierro 

Universidad de Chile

RESUMEN Este artículo busca encontrar dentro de los tipos penales una figura que cumpla con las funciones de un acuerdo único y continuo en sede administrativa. Así, se analiza bajo qué figuras se pueden unificar para su sanción las acciones realizadas en la práctica de una colusión. Para esto se revisan la asociación ilícita, el delito continuado y la unidad típica de acción. Habiendo descartado las primeras dos posibilidades, se detallan cómo podría configurarse una unidad típica de acción en el caso de la colusión.

PALABRAS CLAVE Colusión, delito continuado, asociación ilícita, unidad típica de acción, acuerdo único y continuo.

ABSTRACT This article seeks to find within criminal law doctrine a figure that accomplishes the same objectives that the figure of a single continuous agreement accomplishes in administrative law. In this line, the article analyses which figures are able to unify for sanctioning purposes different actions realized in the execution of one collusive scheme. To do this the article analyzes the figures of illicit association, continuous commission of a felony, and the identification of a homogenous crime unit. Having discarded the first two options, the article details how the identification of a homogenous crime unit would proceed in cases of collusion.

KEYWORDS Collusion, continuous commission of a felony, illicit association, homogenous crime unit, single continuous infringement.

Un problema recurrente: cómo unificar las acciones de un esquema colusivo

Un desafío recurrente a la hora de sancionar la colusión consiste en unificar diversas acciones cometidas en un esquema colusorio. Por ejemplo, a veces hay que unir la celebración de un acuerdo con su ejecución, o la ejecución de un acuerdo con la ejecución de una práctica concertada, o unir dos ejecuciones entre las cuales media una interrupción. Según Hernández, «de la sola circunstancia de que un conjunto de actos individuales comparta como nota común ser expresión de un acuerdo o indicio de una práctica concertada no se sigue sin más que todos lo sean de un mismo y único acuerdo o práctica» (Hernández, 2016: 9).

El Tribunal de la Libre Competencia (TDLC) recientemente se enfrentó a este problema en un caso en el que la Fiscalía Nacional Económica presentó un requerimiento contra FAASA Chile Servicios Aéreos Limitada y Martínez Ridao Chile Limitada (MR). La acusación de la Fiscalía Nacional Económica consistió en que FAASA y MR infringieron tanto el inciso primero, como el inciso segundo letra a) del artículo tercero del Decreto Ley 211 (DL 211), al acordar su actuación conjunta en el mercado chileno de servicios de combate y extinción de incendios forestales prestado por aviones cisterna, entre los años 2009 y 2015. Los hechos del caso consisten en seis episodios específicos a propósito de llamados a licitación de Conaf y dos empresas forestales (Mininco y Celco) para conseguir servicios de aviones cisterna en temporadas de incendio. Los ejecutivos de FAASA y MR sostuvieron reuniones y comunicaciones, decretaron alzas de precios y repartieron quién se asignaría los contratos.

El TDLC analizó cuándo se tuvo por ejecutada la conducta imputada por la Fiscalía.¹ Esto, pues mientras la Fiscalía basó su acusación en un acuerdo de carácter único, las requeridas consideraron que más bien se trataba de una serie de eventos particulares.² Dicho lo anterior, el TDLC recurrió a la figura de un acuerdo único y continuo (AUC, *single continuous infringement* en inglés) y afirmó que,

en términos generales, una infracción única y continua puede suponer la ejecución de una serie de actos o conductas anticompetitivas constitutivas de una práctica concertada o un acuerdo colusorio que, si bien podrían calificarse como infracciones aisladas, pueden considerarse plausiblemente como partes de una infracción única porque, en esencia, buscan un objetivo común. En otras palabras, ello implica que las conductas o actos forman parte de un plan global.³

1. Sentencia del Tribunal de la Libre Competencia número 179/2022, rol C-358-2018, considerando duodécimo.

2. Sentencia del Tribunal de la Libre Competencia número 179/2022, causa rol C-358-2018, considerando vigésimo cuarto.

3. Sentencia del Tribunal de la Libre Competencia número 179/2022, causa rol C-358-2018, considerando vigésimo sexto.

La doctrina del AUC fue desarrollada por la institucionalidad de libre competencia de la Unión Europea. Para Romić, esta figura fue introducida por la Comisión Europea y luego confirmada por las cortes europeas para facilitar la sanción de infracciones complejas a la ley de competencia (2020: 185).

La Comisión introdujo este concepto en 1986 a propósito del caso *Propylene*, donde afirmó:

El conjunto de sistemas y de acuerdos adoptados en el marco de un sistema de reuniones periódicas e institucionalizadas, ha constituido un acuerdo único y continuo [...] los productores, al adherirse a un plan común para regular los precios y la oferta en el mercado del polipropileno, participaban en un acuerdo marco global que se manifestaba en una serie de subacuerdos más detallados que se adoptaban de vez en cuando.⁴

Posteriormente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha refrendado esta doctrina, afirmando que un hecho colusivo

puede resultar no solo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado. Esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos una violación del mencionado artículo 85 del Tratado.⁵

Lo anterior, pues «resultaría artificioso subdividir dicho comportamiento continuado, caracterizado por una única finalidad, para ver en él varias infracciones distintas, cuando, por el contrario, constituía una única infracción que se fue concretando progresivamente a través tanto de acuerdos como de prácticas concertadas»⁶

En nuestro contexto, Bascuñán ha comentado estos desarrollos y concluido:

El punto esencial del concepto de un acuerdo continuo elaborado por la Comisión y ratificado por el Tribunal consiste en la tesis de que el supuesto de hecho de la norma que prohíbe los acuerdos anticompetitivos no solo abarca el acto de celebración de un acuerdo sino todos los actos de cumplimiento o implementación de ese acuerdo (2016: 161-162).

Bascuñán está en lo correcto, pero los criterios gracias a los cuales se logra tal unificación difieren. Estos pueden ser: la adherencia a un plan común; la interdependencia entre acuerdos macro y acuerdos micro; o la progresión de una misma

4. Decisión de la comisión de 23 de abril de 1986, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/ 31.149 - Polipropileno), párrafo 81. Disponible en <https://bit.ly/3UomaLq>.

5. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 8 de julio de 1999, párrafo 81. Disponible en <https://bit.ly/3OU8feU>.

6. Sentencia del tribunal de justicia (Sala Sexta) de 8 de julio de 1999, párrafo 82.

infracción. Además, dentro de esta figura caben acciones totalmente codependientes, como varias acciones independientes que son sancionables por sí mismas pero que son reducidas a solo una infracción.

Esta figura tiene gran importancia práctica, tras su introducción en la jurisdicción europea ha sido utilizada en prácticamente todos los casos de colusión (Von Papp, 2017: 42), llegando Bergqvist a afirmar que esta doctrina se ha vuelto la columna vertebral de casi todas las decisiones de la jurisdicción europea (2021: 2-3).⁷

Es importante analizar qué tipos penales pueden asemejarse a esta construcción, pues esta figura es una construcción jurisprudencial, que si bien podría ser acogida en el ámbito de la sanción administrativa de la colusión (dada la mayor flexibilidad interpretativa que caracteriza a esta sede), en sede penal es indispensable que la recepción de esta figura tenga una relación con el derecho positivo. Como dicen Villalón y León, si bien la figura de un AUC puede ser una herramienta eficaz para sancionar la colusión, no procede que sea aplicada por falta de respaldo legal (2021: 14).

Este artículo busca explorar qué figuras existen en el derecho penal que cumplan una función análoga a la que desempeña en sede administrativa la de un AUC. En particular, me concentro en las figuras de asociación ilícita, delito continuado y unidad típica de acción, y me pregunto si: a) se puede analizar la colusión a través de ellas; y b) si esas figuras pueden cumplir parte de las funciones que cumple la figura del AUC. Con todo, respecto del segundo punto creo que es importante destacar que no busco afirmar que «a fin de cuentas» un AUC es una especie de delito continuado o una especie de organización ilícita. Más bien, lo que busco afirmar es que estas figuras podrían fungir como equivalentes funcionales de la figura de un AUC por falta de consagración en sede penal. Es decir, no busco forzar ninguna de estas figuras bajo un lecho de Procusto para que calcen entre sí, en tanto puede haber importantes diferencias entre ellas.

Dicho esto, es necesario aclarar estas tres figuras.

Asociación ilícita, delito continuado y unidad típica de acción

Un problema a la hora de analizar casos de colusión es unir los diversos actos que son cometidos para su puesta en práctica. Para lograr tal unificación hay diversas manio-
bras disponibles. La opción que sigue Bascuñán es analizar la colusión por analogía a la asociación ilícita (2016: 169-170).⁸

7. Esto tiene especial relevancia para la jurisdicción chilena si se da debida cuenta a que la redacción de nuestra normativa de libre competencia y aquella de la Unión Europea, en lo que respecta la sanción de carteles, son bastante parecidas.

8. Véase la sentencia del Tribunal de la libre competencia número 122/2012, rol C-207-10, considerando undécimo y duodécimo.

Las razones para hacer este análisis tienen que ver, en parte, con el parecido que existe entre esta figura y la de un AUC. Aquí Bascuñán tiene razón en que a ambas se le puede atribuir una unidad de acción a una compleja secuencia de hechos a lo largo del tiempo. Además, tanto en los AUC como en las asociaciones ilícitas hay diversos sujetos actuando conjuntamente. Y, finalmente, al menos en sus orígenes, la figura de un AUC está ligada al concepto de conspiración (Von Papp, 2017: 39; Joshua 2009: 456),⁹ el que guarda un parecido estructural con la asociación ilícita, ya que ambos casos hay referencia a un delito ulterior.

Por otro lado, hay autores que buscan unir diversas acciones colusivas mediante la afirmación de que hay un delito continuado. Esto sería posible mediante la «unificación de esas diversas instancias en una única realización compleja del mismo, por la vía del reconocimiento de una llamada “unidad de acción”» (Mañalich, 2014a: 551).

En tal sentido hay autores que, como Bascuñán, creen que tratar la colusión como un delito continuado

no es una consideración fundada en la descripción legal del comportamiento [...]. El delito continuado es una figura que por razones de justicia material y economía procesal es usada para calificar como un solo delito, bajo «unidad jurídica de acción», una sucesión de hechos punibles que en principio serían susceptibles de ser calificados individualmente como delitos distintos y, por lo tanto, en principio deberían ser tratados bajo una regla de concurso real o material (2016: 125).

Como vimos más arriba a propósito de la jurisprudencia europea, hay una concepción del AUC en la que uno de sus objetivos es unificar las diversas acciones que en sí mismas ya son típicas. Esto es relevante, pues el entendimiento dominante del delito continuado y cierta conceptualización de un AUC tienen este rasgo en común. Esto podría ser una razón para afirmar que la figura de delito continuado puede, en sede penal, cumplir con lo que hace la figura de un AUC en sede administrativa.

Con todo, hay buenos argumentos para negar una caracterización de los delitos continuados como la anterior. Uno podría considerarlos como casos límite de la subsunción de varias acciones en sentido natural bajo un mismo tipo penal, sin que ello presuponga que existen varias realizaciones típicas. Es decir, y contra un extendido lugar común de la doctrina, la calificación de varias acciones como congruentes con

9. Es útil no perder de vista que en Estados Unidos la forma de reunir varias acciones cometidas en de un esquema colusorio es mediante la figura de un *single conspiracy* (Von Papp, 2017: 11). En Estados Unidos, es fácil llegar a esta solución, pues la sección 1 del *Sherman Act*, que sanciona la colusión, incluye como una de sus modalidades de acción «una conspiración en restricción del intercambio o comercio». Y aquí lo crucial es que esta conspiración se refiere a la realización ulterior de delitos y al avance de una agenda criminal (Von Papp, 2017: 17). Pero nuestro derecho no contiene una norma que sancione la pertenencia a una organización cuyo «giro» sea realizar ciertos actos ilícitos. Más bien, nuestro derecho se limita a sancionar la realización de estos hechos.

la realización de un delito continuado sí es algo (contra Bascuñán) que concierne al tenor literal de la ley.

Esta digresión es importante, pues si bien calificar una serie de actos colusorios por analogía a la asociación ilícita o unirlos mediante la consideración de un delito continuado o unidad típica de acción tiene en común que ciertos comportamientos no serán sometidos a la acumulación de penas, «las razones por las cuales se justifica esa consecuencia son distintas en cada categoría conceptual» (Bascuñán, 2016: 118). Y, como veíamos, las consecuencias que se siguen son relevantes. Entre estas podemos contar con: i) extiende el momento a partir del cual se cuenta el plazo de prescripción; ii) incrementa la base para la determinación de la multa y la responsabilidad por daños; iii) diluye las exigencias probatorias respecto de cada acuerdo específico; iv) disminuye la relevancia de la información que una parte que no conoce el acuerdo en su integridad puede entregar a la instancia persecutoria para atenuar su responsabilidad por la totalidad del acuerdo (Bascuñán, 2016: 167); v) implica que la intervención de otros agentes en la comisión del hecho es constitutiva de autoría o participación punible, y no de encubrimiento, mientras permanezca consumándose el delito; y vi) excluye la procedencia de pluralidad de cargos y condenas, y su expresión en penas múltiples, ya sea acumulándose (artículo 74 del Código Penal) o exasperándose una sola de ellas (artículo 351 del Código Procesal Penal y antiguo artículo 509 del Código de Procedimiento Penal) (Bascuñán, 2016: 250).

Respecto de que disminuyan las exigencias probatorias, es importante que bajo la consideración de un esquema colusorio como un AUC no es necesario probar un acuerdo general, sino que su existencia se puede inferir de los diversos hechos anti-competitivos subyacentes (Von Papp, 2017: 6). Así, la configuración de un AUC habilita a que la evidencia concerniente a las partes de este supuesto AUC sea evaluada holísticamente (Von Papp, 2017: 7). Y lo anterior importa, pues uno puede no lograr identificar todos los elementos de la prohibición si mira cada acción anticompetitiva de manera aislada (Von Papp, 2017: 12).¹⁰

Respecto de esto último, como bien detalla Grunberg,

tanto la práctica comparada como la chilena demuestran que los acusados de colusión frecuentemente argumentan que los tribunales deben evaluar los indicios uno a

10. Aquí no estoy haciendo colapsar cuestiones típicas con cuestiones probatorias. Lo que hay que tener en mente es que «la determinación del tipo de acción punible en el que ha de subsumirse la acción es conceptualmente anterior a la determinación de la identidad de esa acción» (Mañalich, 2005: 1105), por lo que «la identificación del objeto referencial a subsumirse en el tipo de acción punible no puede efectuarse sin tener la vista puesta en el tipo de acción punible en el cual ese objeto referencial ha de ser subsumido» (Mañalich, 2005: 1105). En otras palabras, para identificar las instancias en que algo ocurre antes tenemos que saber los rasgos que caracterizan a aquello que buscamos identificar (una definición extensional presupone una definición intencional).

uno, de forma que si alguno, varios o todos ellos no permiten concluir la existencia de colusión, entonces el tribunal debiera rechazar la demanda o requerimiento de colusión (2017: 35).

Por supuesto, esta forma de valorar la prueba vuelve increíblemente difícil sancionar un acuerdo, pues bajo esta hipótesis basta que uno de los indicios individualmente no sea suficiente para configurar la colusión para que sea improcedente sancionar. En vez de esta aproximación, la institucionalidad se ha decantado por una aproximación holista, esto es, una aproximación en la que se valora la prueba como un todo (Grunberg, 2017: 38).

Bajo una perspectiva holista existe «una relación de sustento recíproco, es decir, interdependiente y reticular entre el conjunto de datos probatorios y las demás creencias del juzgador» (Accatino, 2014: 24).¹¹

Lo anterior pone de relieve la importancia y conveniencia de encontrar una figura análoga a un AUC en sede penal, pues, como dice Romiá, es la operación compleja y secreta de los carteles la que justifica esta aproximación de las Cortes hacia las reglas probatorias (2020: 171). Esto, pues la naturaleza clandestina de los carteles implica que el ente persecutor probablemente descubra evidencia fragmentada, por lo que a menudo será necesario reconstruir ciertos detalles a partir de la evidencia disponible (Alexiadis, Swanson y Guerrero, 2016: 9, nota 44). En otros términos, en la mayoría de los casos la existencia de una práctica anticompetitiva debe ser inferida de ciertas coincidencias e indicios que, reunidos, y a falta de otra explicación plausible, demuestran la existencia de una infracción de las reglas de competencia.¹² La anterior es una poderosa razón para analizar si acaso la figura de delito continuado, unidad típica de acción o asociación ilícita pueden cumplir la función de reunir dentro de sí diversas acciones realizadas en la puesta en marcha de una colusión.

En lo que sigue evaluaré la plausibilidad de estas opciones. Pero antes explicaré la teoría de la modalidad de acción que presupone este artículo.

Modalidad de acción

Acciones, actividades y estados

En derecho penal, como veremos, suele haber una contraposición entre los delitos de resultado, donde el resultado consiste de una modificación en el mundo empírico, y los delitos de mera actividad, que no incluirían dicho resultado en el mundo empí-

11. Con todo, debe dejarse una debida nota de que Accatino no abraza un holismo indiferenciado (Accatino, 2014: 36 y ss.).

12. Sentencia del Tribunal de primera instancia (Sala Tercera), de 8 de julio de 2008, párrafo 249. Disponible en <https://bit.ly/3XLIhyx>.

rico. Con todo, un paso necesario para entender la modalidad de acción en el delito de colusión es impugnar la tesis de que todo resultado ocurre en el plano empírico y afirmar que también existen resultados *institucionales*. La adopción de la tesis de que los resultados solo existen en el plano empírico explica que Santelices (2020: 103) y Bascuñán afirmen que estamos ante un delito de mera actividad (2016: 51).

Su afirmación debe ser entendida teniendo a la vista el siguiente supuesto subyacente:

Por cierto, desde el punto de vista de la situación en que se encuentra el estado de cosas correlativo al bien jurídico la ejecución de una acción peligrosa implica una alteración de su condición previa. Pero esa alteración no constituye necesariamente un estado de cosas espacio-temporalmente distinguible de la ejecución de la acción, o sea, no constituye un resultado *stricto sensu* (Bascuñán, 2016: 50).

Estoy de acuerdo con Bascuñán en que no estamos frente a un estado de cosas espacio-temporalmente distinguible, y por esto no tiene asidero la afirmación de Valdés de que hay una relación causal entre un determinado acto o convención y que este produzca efectos anticompetitivos (2016: 36). El punto es que la dicotomía entre que un delito tenga un resultado espacio-temporalmente distinguible o que este sea un delito de mera actividad es errónea. Como veremos, hay buenas razones para sostener que los resultados causalmente complejos no son el único tipo de resultado, sino que además hay resultados institucionalmente complejos.

La crítica a la postura de que todo condicionamiento de un resultado habría de consistir en un condicionamiento causal es desarrollada entre nosotros por Olave, quien se apoya en la distinción de John Searle, de acciones causalmente complejas, en las que se describe una relación causal entre acción y resultado; y las acciones constitutivamente complejas, en las que la relación entre acción y resultado depende de la existencia de ciertas reglas que permitan reconocer dicho resultado (2018: 195).

Para ilustrar, un caso de una acción constitutivamente compleja sería que en un juego de ajedrez alguien moviera la reina y lograra un jaque mate, mientras que un caso de una acción causalmente compleja sería que Juan le disparara a Pedro y producto del disparo este último falleciera. Frente a resultados constitutivamente complejos (o resultados institucionales), el reconocimiento como tal depende de la presencia de un determinado entramado de reglas, por lo que, en nuestro ejemplo del ajedrez, el reconocimiento del jaque mate depende de las reglas (constitutivas) del ajedrez mismo. Así, en las descripciones constitutivamente complejas tal conexión entre acción y resultado es intrínseca (Olave, 2018: 198), mientras que, en el caso de las descripciones causalmente complejas, la conexión entre acción y resultado es extrínseca (pues es contingente, al determinarse a partir de una observación empírica).

Dicho lo anterior, y habiendo despejado que puede haber más resultados que los causalmente complejos, otra pregunta relevante es si acaso hay más cosas que resultados. A este respecto, Olave se basa en la distinción propuesta por Vendler y luego desarrollada por Kenny y Mourelatos entre acciones, actividades y estados.

Siguiendo esta tripartición, las actividades consisten en procesos cuya descripción no requiere del cumplimiento de nada más que la realización del proceso mismo, siendo actividades, por ejemplo, correr o manejar (Olave, 2018: 192). Lo anterior contrasta con las acciones, las que sí requieren un resultado (Olave, 2018: 192). Así, mientras de quien está manejando se puede predicar que ha manejado (una actividad), quien está en proceso de ganar una carrera aún no la ha ganado (pues aquí estamos frente a una acción, siendo definitorio de ella que tiene una marca de éxito, un resultado).¹³

Lo anterior lleva a Olave a postular lo siguiente: la acción descrita por un delito de resultado es susceptible de ser descrita como la acción productiva o destructiva de un determinado estado, contando lo anterior como la marca de éxito de la acción, la cual es exigida por el tipo, mientras que un delito de actividad no incluye la producción, conservación, impedimento o destrucción de un estado como resultado, pues ella se completa al realizar la actividad (Olave, 2018: 193). Así, lo dicho hasta aquí sirve como un criterio demarcatorio para ver qué cuenta como un resultado y qué no, pues no todo tiene una marca de éxito. Si algo que una persona hace tiene una determinada marca de éxito, entonces es una acción, y si es que lo que esta hace no tiene una marca de éxito y tiene un desempeño homogéneo, es una actividad.¹⁴

Finalmente, y en paralelo a las acciones y actividades, están los estados. Estos, a pesar de adquirirse conforme a cambios, no se desempeñan dinámicamente en lapsos de tiempo (Olave, 2018: 192). Una frase como «entre jueves y viernes estaré sabiendo sumar dos más dos» no tiene sentido, pues el hecho de saber realizar tal

13. Es por esto que Kenny afirma respecto de la distinción entre acciones y actividades que, cuando hablamos de una actividad, la afirmación de que «A está øndo» (A está corriendo/nadando/respirando) implica que de hecho «A ha ødo» (A ha corrido/nadado/respirado) (Kenny, 2003: 121). Nuevamente: en las actividades no hay una marca de éxito o resultado. Este sería el caso, por ejemplo, de manejar en estado de ebriedad: se realiza homogéneamente durante toda su duración, sin que tenga una marca de éxito. Por otro lado, en las acciones, la afirmación de que «A está øndo» (A está matando/hurtando/plantando) implica que de hecho «A no ha ødo» (A no ha matado/hurtado/plantado) (Kenny, 2003: 121). Es decir, en estos casos habría una determinada marca de éxito, un resultado que no se ha visto realizado.

14. Lo anterior siembra dudas en torno a la afirmación de Bascuñán de que los únicos resultados *strictu sensu* serían los resultados espacio-temporalmente distinguibles dado que la alternativa sería que «dado que toda ejecución de una acción altera el mundo preexistente a su ejecución, todo delito o infracción tendría la estructura de un delito o infracción de resultado, y entonces la categoría carecería de sentido sistemático» (2016: 50). El punto es que, contra Bascuñán, no todos los delitos implican la ejecución de una acción, y por tanto no todos los delitos tienen un determinado resultado asociado a ellos.

suma no tiene un desempeño dinámico. Así, el estado de saber una determinada cosa no se desempeña dinámicamente en el tiempo y no tiene un resultado como marca de éxito.¹⁵

Recapitulando, son las acciones las que tienen resultados, pues estas tienen marcas de éxito. Y los resultados pueden ser tanto constitutiva como causalmente complejos. Por otro lado, también tenemos las actividades, las cuales no tienen una marca de éxito, pero sí implican un proceso. Así, hasta aquí cubriríamos las categorías de delitos de resultado y delitos de mera actividad. Y luego, están los estados, que no implican un desempeño dinámico y no tienen una marca de éxito. Y esta categoría se corresponde a la de delitos de estado.¹⁶

Excurso: los delitos de estado y su legitimidad

Antes de aplicar este modelo a la colusión vale la pena detenerse brevemente en los delitos de estado, categoría que es más disruptiva frente a las otras dos. Como dice Cox, una tesis gravitante en el *common law* es que en los delitos de posesión no habría acción u omisión, pero se justificaría la atribución de responsabilidad en función del estado de las cosas propio del poder sobre la cosa y que permitiría calificar a esos delitos como delitos de estado, lo que constituiría un tercer género frente a la acción u omisión (Cox, 2013: 59).

En esta línea, Markus Dubber afirma que la posesión no se puede enmarcar bajo la distinción entre delitos que son de conducta (*conduct offense*) o de resultado (*result offense*), por lo que podría ser mejor calificarlo como un delito de circunstancia concurrente (*attendant circumstance offense*) (Dubber, 2005: 98). Por un lado, la posesión no exige un resultado, es decir, que para sancionar la posesión de algo no se requiere haber producido algún resultado o daño (Dubber, 2005: 99). Y, por otro lado, la posesión también carece de un elemento conductual, pues la posesión no es un acto, sino que un estatus, o más bien, una relación entre una persona y un objeto (Dubber, 2005: 103).

Es importante empero que esta concepción, consistente en que la posesión es un ilícito sin una conducta, según algunos autores, desafía el principio del hecho (Dubber, 2005: 103) (en el ámbito anglosajón, el *act requirement*). Es decir, se desafía el principio según el que para que alguien sea sancionado debe poder ser culpable, es

15. Como dice Kenny, cuando estamos frente a un estado el decir «A ha ødo» (A la ha amado por siete años) implica afirmar «A ødea» (“A la ama”) (Kenny, 2003: 121). Y aquí, la clave es que, si bien un estado puede surgir a causa de lo que una persona realiza, a diferencia de las acciones o actividades, no está relacionado con lo que una persona realiza.

16. Aquí sigo la tripartición de Mañalich entre delitos de acción, de actividad y de estado, conteniendo esta última categoría los delitos de posesión y delitos de estatus, como la asociación ilícita (Mañalich, 2014b: 48).

decir, debe tener tanto capacidad de acción como de motivación al realizar el hecho típico y antijurídico. Y como afirma el mismo Dubber, el hecho de que la posesión no encaje dentro de esta división tradicional puede ser criticable, pues las categorías del derecho penal sustantivo pueden tener un significado normativo y no tan solo descriptivo (Dubber, 2005: 117). En parte, por esto es que Cox plantea que la lectura de la posesión como un delito de estado implica «una brutal banalización dogmática» (Cox, 2013: 60). Frente a esto, y tratando de salvar este problema, Cox afirma que poseer una especie implica controlar tal cosa, lo que implica una actividad, es decir, la continuación de un proceso por un agente (Cox, 2013: 60). Según Cox sería imprescindible afirmar que tal estado se produce por un determinado acto de una persona. En sus palabras, «quien posee hace algo mientras posee» (Cox, 2013: 63).

Esta última frase de Cox es correcta. Pero el hecho de que tener un estado ocurra al mismo tiempo o debido a que alguien hace algo, es un rasgo de la posesión que no nos debería llevar a reducir ese estado al acto que lo hace posible (las dos cosas son lógicamente distinguibles). Como dice Mourelatos, si bien un estado puede surgir o adquirirse como resultado de un cambio, en sí mismo no constituye un cambio (Mourelatos, 1978: 416). En otras palabras, es plausible que lo penalmente relevante sea tener un determinado estado, más allá de que este estado resulte de una determinada acción. Es por esto que Dubber afirma que «la posesión se refiere a una conducta, sin ser ella misma una conducta» (Dubber, 2005: 103).

Además, a todo lo anterior se puede sumar también la siguiente objeción de Mañalich en contra de la caracterización de Cox de la posesión como una actividad. Según Mañalich la posesión o tenencia de algo se identifica con un estado, en una relación estática que se conserva (Mañalich, 2014b: 29, nota 47).

Pero más allá de lo anterior, la existencia de delitos de estado no vulnera el principio del hecho, pues una cosa es el objeto de imputación, esto es, la realización de una acción típica y antijurídica, y otra cuestión enteramente distinta son los criterios de imputación, cuestión donde igualmente hay que preguntarse si se existe o no capacidad de acción y capacidad de motivación. Así, la existencia de delitos de estado es plenamente compatible con el principio de culpabilidad.

La analogía con la asociación ilícita

Estructura de la asociación ilícita

Las razones para estudiar la colusión como una forma de delito de organización y por analogía a la asociación ilícita son principalmente dos. Primero, porque permite unificar típicamente una serie de acciones separadas entre sí. Y, segundo, porque sirve para explicar la intervención de los sujetos activos en este tipo de delitos. Como veíamos, entre quienes defienden esta postura está Bascuñán (2016: 170).

Es importante notar desde ya que la asociación ilícita puede ser analizada como un delito de organización y como un delito de estatus, estando ambas perspectivas mutuamente implicadas. Para aclarar lo anterior, vale la pena detenerse en que, según Bascuñán, lo particular de un delito de organización «es que el supuesto de hecho abarca *junto a acciones únicas* también todas las actividades que tienen lugar en el marco de un comportamiento dentro de un *haz de relaciones de personas* y orientado a una cierta duración» (2016: 250-251; énfasis agregado). Es decir, por un lado, estarían las relaciones de las personas, y, por otro lado, las acciones que realizan. De la diferenciación de estos dos asuntos se sigue la tesis de que una asociación ilícita puede ser analizada desde dos puntos de vistas diferentes. La relación que existe entre el estatus que se tiene dentro de una asociación ilícita y la organización respecto de la que se obtiene tal estatus, da cuenta de la implicación recíproca que existe entre la naturaleza de este delito como un delito de estatus y como un delito de organización (Mañalich, 2016: 474-475).¹⁷

Así, la forma de dar cuenta de que la vinculación a una organización expresa una disposición a delinquir es dando cuenta de los rasgos de la organización a la que se pertenece. Esto es importante, pues bajo esta comprensión de la asociación ilícita como delito de organización, «la existencia de la organización en cuestión tiene que ser entendida como el resultado (permanente) de la conjunción o “acumulación” de las instancias de comportamiento individual» (Mañalich, 2016: 463). Y es en la línea de esto último que podemos entender la afirmación de Bascuñán de que el objeto de la asociación ilícita es unificar una serie de acciones que son distintas entre sí.

Como vimos, la construcción de Mañalich es dual, pues analiza la asociación ilícita como delito de organización y como delito de estatus. Por un lado, los sujetos implicados tendrían un determinado estatus (el de ejecutor, colaborador, etcétera) cuya detentación tendría el carácter de delito permanente. Pero, por otro lado, ese estatus estaría referido a una organización que solo puede ser entendida como el resultado acumulativo de las acciones que realizan estos sujetos, lo que daría a la asociación ilícita, desde esta perspectiva, tendría el carácter de un delito de resultado permanente.¹⁸

17. Esta implicación recíproca casi es advertida por el mismo Bascuñán, quien destaca que el supuesto de hecho abarca no solo acciones, sino también ciertas actividades en el marco de ciertas relaciones sociales. El problema es que no profundiza suficientemente en la relación entre estos dos factores. Poner atención en ello permite vislumbrar que la asociación ilícita puede ser analizada tanto como un delito de estatus como un delito de organización.

18. Así, desde una perspectiva dinámica, la existencia de la asociación ilícita se corresponde con «el resultado cumulativamente condicionado por la conjunción de las instancias de comportamiento individualmente organizativo de cada una de las personas que exhiban, en tal medida, el respectivo estatus referido a la organización» (Mañalich, 2016: 476). Desde esta perspectiva, el resultado permanente que se sigue de determinadas acciones consiste en la creación de un determinado estado (Mañalich,

Dicho lo anterior, ahora me concentraré en la asociación ilícita como un delito de organización, caracterización que conlleva que «la existencia de la organización en cuestión tiene que ser entendida como el resultado (permanente) de la conjunción o “acumulación” de las instancias de comportamiento individual» (Mañalich, 2016: 463). Mientras que lo característico de los delitos de resultado permanente no es que el delito no quede consumado en un solo instante, más bien, lo que distingue a los delitos permanentes de otras clases de delitos consiste en que hay una *ejecución* permanente del delito (Mañalich, 2004: 14). Esto lleva a que estemos frente a una unidad jurídica de acción, pues pese a que la comisión del delito supone realizar varias acciones en sentido natural, el tipo de delito conduce a la consideración de ese conjunto de acciones como una sola acción, y por tanto un solo delito (Mañalich, 2004: 14). Así de la misma forma que se puede seguir ejecutando el ya consumado delito de manejo en estado de ebriedad, se puede seguir ejecutando el ya consumado delito de colusión. Así, si es que afirmáramos que el delito de colusión es análogo a la asociación ilícita, visto como un delito de organización se podría resolver el problema práctico consistente en la unificación de varias acciones colusorias.¹⁹

Pero, como se dijo, desde otra perspectiva, la asociación ilícita no es un delito de organización, sino un delito de estatus. Respecto de esto último, el hecho de que la existencia de la organización consiste en la conjunción de instancias de comportamiento individual explica que «lo que resulta prohibido a título de asociación ilícita consiste en una disyunción de formas de comportamiento que se dejan entender como modalidades de vinculación individual a una organización que ha de exhibir

2014b: 35-36, nota 71), en este caso en particular, la organización delictiva. Pero, por otro lado, desde una perspectiva estática, la estructura de la asociación ilícita puede ser entendida como «un sistema de “posiciones-referidas-a-tareas”. En estos términos cada miembro de la asociación puede ser visto como ocupando una posición definida por el desempeño de algún conjunto de tareas» (Mañalich, 2014b: 35-36, nota 71). Y es desde esta perspectiva que estaríamos frente a formas de comportamiento punible cuya estructura es la de un delito de estatus, por lo que la conducta ilícita consistiría en tener un estatus típicamente relevante.

19. Como el mismo Mañalich afirma, también debemos dar cuenta de que la distinción no es exhaustiva, pues: «no todo delito tiene o bien la estructura típica de un delito instantáneo o bien la de un delito permanente. El delito de lesiones es un ejemplo. Aquí, la consumación puede coincidir con la terminación del delito (como es necesariamente el caso en los delitos instantáneos), pero es igualmente posible que, tras la consumación, prosiga la realización típica en unidad de acción (como es necesariamente el caso en los delitos permanentes) —por ejemplo, si después de haber golpeado una vez a la víctima, causándole una lesión corporal, el autor prosigue haciéndolo de modo más o menos inmediato—, en el sentido de una unidad “natural” de acción, en virtud de una “unidad de dolo» (Mañalich, 2010: 165). Lo anterior debe considerarse, pues eventualmente puede ser el caso que la consumación coincida con el término de la ejecución. Este sería el caso, por ejemplo, si la FNE descubriera un mero acuerdo que no ha alcanzado a ser puesto en práctica y luego lo sancionara.

una determinada estructura» (Mañalich, 2016: 473). Y es por lo anterior que se puede entender a la asociación ilícita como un delito de estatus (Mañalich, 2016: 473).²⁰

Dicho lo anterior, podemos profundizar en el impacto que tiene en la *imputación* considerar el delito de colusión como un delito de organización. Como solo es posible que se integre una organización en tanto esta ya esté operando, la integración a esta presupone que haya más integrantes en ella. Lo anterior implica que la imputación de un comportamiento de este tipo «necesariamente presupondrá que una imputación semejante también venga en consideración respecto de personas diferentes que aquella» (Mañalich, 2016: 474). Y es por esto que debemos reconocer que «la relación entre los dos o más autores directos de asociación ilícita, entendida esta como un delito de convergencia, será una de autoría paralela» (Mañalich, 2016: 474).

Modalidad de acción bajo la asociación ilícita

Recapitulando, un delito de organización «se corresponde con el resultado «cumulativamente» condicionado por la conjunción de las instancias de comportamiento individualmente organizativo de cada una de las personas que exhiban, en tal medida, el respectivo estatus referido-a-la-organización» (Mañalich, 2016: 476). Entonces, nos encontraríamos frente a un delito de resultado permanente, pues,

una vez que se abandona la tesis —filosóficamente infundada— de que todo condicionamiento de un resultado habría de consistir en un condicionamiento causal de ese mismo resultado, deviene posible advertir que, tratándose de la conformación de una organización, su existencia puede ser perfectamente entendida como el resultado institucionalmente condicionado por la convergencia del comportamiento organizativo de quienes, en tal medida, cuenta como sus integrantes. Y puesto que el resultado aquí relevante consiste en la existencia de la organización a lo largo de un lapso más o menos prolongado, la asociación ilícita exhibe, más precisamente, la estructura de un delito de resultado permanente (Mañalich, 2016: 477).

Como veíamos, lo característico de los delitos de resultado permanente no es que el delito no quede consumado en un solo instante (Mañalich, 2004: 12). Más bien, lo

20. Para completar la analogía habría que analizar los diversos estatus que se podría tener frente al delito de colusión. Así, uno puede analizar los diversos verbos rectores como distintas formas de vincularse con una actuación colusoria, sea celebrando o ejecutado un acuerdo o práctica concertada (en el caso de la sanción administrativa) sea celebrando, ejecutando, ordenando celebrar u organizando un acuerdo (en el caso de la sanción penal de la colusión). Así, se podría interpretar los diversos verbos rectores como diversos estatus con los cuales se puede estar vinculando frente a la organización. Esto sería análogo al caso de la asociación ilícita, en el que nuestro Código Penal distingue entre distintos estatus que se puede tener en relación con la asociación ilícita. Con todo, el hecho de que la sanción a la colusión no haga referencia a diversos estatus es un importante obstáculo a tratar la colusión por analogía a la asociación ilícita.

que distingue a los delitos permanentes de otras clases de delitos consiste en que hay una *ejecución* permanente del delito (Mañalich, 2004: 14). Esto implica una unidad jurídica de acción, pues pese a que la comisión del delito supone la realización de varias acciones en sentido natural, el tipo de delito conduce a la consideración de ese conjunto de acciones como una sola acción, y por tanto un solo delito (Mañalich, 2004: 14). Si esto aplicara al delito de colusión se podría solucionar el problema consistente en la unificación de diversas acciones en sentido natural. Esto, en tanto que se podría reunir las diversas acciones realizadas en la puesta en práctica de un esquema colusorio y afirmar que estas conjuntamente desembocan en la realización del resultado permanente consistente en la producción de una organización colusiva.

Por otro lado, analizado como un delito de estatus,

la estructura organizacional de una asociación ilícita puede ser entendida como un sistema de «posiciones-referidas-a-tareas». En estos términos, cada miembro de la asociación puede ser visto ocupando una posición definida por el desempeño de algún conjunto de tareas (Mañalich, 2016: 478).

Así, si analizáramos la colusión como un delito de estatus, el estatus relevante sería el que tiene un sujeto (como el celebrador o ejecutor de un acuerdo o práctica concertada, u como organizador o mandante de un acuerdo) en relación con un determinado objeto (en este caso, la organización colusiva). Y eso implicaría que estemos dentro del género de los delitos de estado (por contraposición a los delitos de acción o de actividad). Y, a este respecto, exhibirá el estatus de un delito permanente, «en la medida en que un estado se distingue por perdurar por algún lapso de tiempo» (Mañalich, 2014b: 30). Esto también podría resolver el problema más arriba apuntado de unificar varias acciones en ejecución de un esquema colusivo.

Los límites y el soporte legal de la analogía a la asociación ilícita

Es importante identificar los límites de la analogía entre la colusión y la asociación ilícita. Sobre ello, podríamos decir que el delito de colusión es análogo a la asociación ilícita si es que este efectivamente pudiera ser caracterizado como un delito de organización y un delito de estatus. Dicho esto, pasaré a evaluar si el delito de colusión tiene o no estos rasgos.

En este sentido, un rasgo importante de la asociación ilícita es que

lo que confiere el carácter de delictivo a la sola organización consiste en una agenda delictiva, en el sentido de que el objeto mismo (o «giro») de la asociación ha de ser la perpetración de hechos delictivos de determinadas características [...] Pero nada de ello obsta a la consideración de que el injusto específico de la asociación ilícita se encuentra configurado de modo plenamente autónomo respecto del injusto específico de los eventuales delitos múltiples cuya perpetración constituye el objeto de la asociación (Mañalich, 2011a: 293).

Así, más allá de que la asociación ilícita sea independiente de la efectiva comisión de algún hecho delictivo hecho en su nombre, esta se encuentra referida a la comisión de un delito. Es decir, no se exige que de hecho se perpetre un delito futuro, pero sí se exige que la agenda de la organización tenga tal objeto.

Lo anterior no ocurre en la colusión, pues la agenda de la organización colusiva no dice relación con el objetivo de perpetrar un delito ulterior (más allá de que se perpetre o no).²¹ Afirmar lo anterior implicaría que el delito de colusión está referido en tanto delito de organización a la comisión del delito de colusión (más allá de si el delito de colusión se perpetra o no), lo cual sería tautológico (sería como definir x como aquello que tiene por objeto la realización de x). Antes bien, si entendemos el delito de colusión como un delito de organización, este no se encuentra referido a la perpetración de determinados delitos, sino que se encuentra referido a la realización de determinadas acciones, tales como ejecutar o celebrar acuerdos o prácticas concertadas (en el caso de la sanción administrativa) o celebrar, ordenar celebrar, ejecutar u organizar un acuerdo (en el caso de la sanción penal). Solo bajo la anterior hipótesis se puede interpretar el delito de colusión como una unidad típica de acción bajo la figura de delito de organización.

Pero lo anterior es implausible. Lo que es sancionado por el artículo 3 letra a) y artículo 62 del Decreto Ley 211 (la sanción administrativa y penal de la colusión, respectivamente) no es la realización conjuntiva de ciertas acciones que en sí mismas son atípicas, como la celebración o ejecución de un acuerdo. Es decir, la normativa no hace ninguna alusión a que la acumulación de estas acciones (supuestamente atípicas) sea un presupuesto de sanción autónomo (considerando que dicha acumulación de acciones constituiría, como resultado permanente, una organización delictiva). Antes bien, la normativa se limita a sancionar actos en particular (y no su acumulación bajo el esquema de un delito de organización). Así, el delito de colusión no admite ser calificado como un delito de organización, pues la única forma de hacerlo sería aducir a una ficción de que lo sancionado es la acumulación de acciones mencionadas por los verbos rectores, pero la ley no sanciona esta acumulación, sino que sanciona cada una de estas acciones.²²

Además, otro límite de la analogía consiste en que la legislación de la asociación ilícita contempla explícitamente el estatus que tienen los diversos autores del delito de asociación ilícita (los jefes, los individuos que hubieren tomado parte en la aso-

21. Salvo que el acuerdo sea funcional a la perpetración de alguna otra práctica anticompetitiva, como, por ejemplo, un acuerdo en los precios para hacer *dumping*, lo que podía constituir un abuso de posición dominante colectiva, lo que está sancionado en la letra b) del inciso segundo del artículo 3 del Decreto Ley 211.

22. Y es por esta falta de referencia a un delito ulterior que tampoco se puede analizar esta figura por analogía a la conspiración, pues también esta figura se refiere a la realización de un delito independiente.

ciación y los que a sabiendas y voluntariamente le hubieren suministrado medios e instrumentos), mientras que, en el caso de la colusión, su sanción se limita a enumerar las acciones que han de ser sancionadas. Esto, también haría incorrecto asociar la colusión a la asociación ilícita.

Finalmente, la analogía también tiene el límite de que mientras el delito de colusión afecta a un bien jurídico determinado, respecto del delito de asociación ilícita, al menos según Mañalich, «su lesividad pasa a estar referida al conjunto (variable) de bienes jurídicos susceptibles de verse típicamente menoscabados a través de la perpetración de los hechos punibles comprendidos en el programa delictivo de la organización» (Mañalich, 2016: 476).

Por todas estas razones no sería adecuado tratar a la colusión por analogía a la asociación ilícita.

El acuerdo único y continuo: ¿delito continuado o unidad típica de acción?

El delito continuado, ¿un fetiche jurídico?

Hay tres razones para estudiar la figura del delito continuado como un equivalente funcional a la figura de un AUC. Primero, tanto en el delito continuado como en el AUC se unifican acciones por un propósito global. Así, en el caso del AUC se afirma que se debe probar la existencia de un plan común que englobe todas las acciones (Von Papp, 2017: 6; Romić 2020: 170), y respecto de los requisitos del delito continuado se afirma que en «nuestra doctrina más clásica pareciera primar la exigencia de una especie de propósito criminal global o, si se prefiere, de una resolución delictiva única o común (dolo inicial)» (Maldonado, 2015: 196). Segundo, ambas figuras, en general, buscan unificar diversas acciones (*lato sensu*) bajo una misma realización típica. Tercero, y más específicamente, ambas figuras buscan unificar diversas infracciones autónomas bajo una misma norma de sanción.

Como ya se dijo, la jurisprudencia europea ha afirmado que bajo la figura de un AUC se pueden unificar diversos acuerdos que son autónomamente punibles.²³ En otras palabras, estaríamos frente a un caso en que si bien es posible que haya varias subsunciones en un mismo tipo (habría un concurso real homogéneo), por consideraciones de segundo orden se dejaría sin aplicar algunas de estas normas de sanción. Así, la noción de delito continuado haría referencia a una construcción dogmática «que resultaría aplicable a determinados casos de reiteración más o menos inmediata de acciones típicas que presentan una importante relación de semejanza y conexión entre sí, de manera tal de afirmar la unidad de acción entre ambas y así negar una realización delictiva múltiple» (Mañalich, 2004: 18). Pero esto sería así no por razo-

23. En una línea similar Bascuñán (2016: 125).

nes ligadas al tenor literal, sino que por razones ligadas a la conveniencia de hacerlo. Así, al menos bajo la teoría «de la ficción», «las distintas acciones u omisiones que componen el delito continuado constituyen delitos autónomos e independientes entre sí, siendo en virtud de una ficción jurídica que se tratan como un delito único para evitar la punición correspondiente al concurso real de delitos» (López y Dayán, 2012: 728).²⁴ Así, siguiendo esta visión estaríamos frente a un problema de determinación de la pena, pues «la tesis de la ficción identifica tras el delito continuado verdaderos casos de concurso material o real, donde el factor de conexión ofrecería una razón (considerada suficiente) para sostener la conveniencia o razonabilidad de asignarle, a pesar de ello, un tratamiento penológico unitario» (Maldonado, 2015: 201).

Es decir, aquí habría varias acciones que por sí mismas son típicas, pero que son unificadas por razones de justicia material. Por supuesto, lo anterior sería, por lo bajo, polémico, pues no tendría relación con consideraciones formales o estructurales, sino que tendría que ver más bien con consideraciones sustantivas de justicia que no son necesariamente aquellas que tuvo en consideración el legislador. Además, reintroducir en sede judicial consideraciones de justicia material atenta contra una de las funciones básicas del derecho: la reducción de complejidad mediante la exclusión de ciertas consideraciones sustantivas.

Como dice Bascur, admitir una interpretación de este tipo respecto de la operación del delito continuado «significaría pasar a llevar la máxima de legitimación formal que impone el principio de legalidad por consideraciones de política-criminal que exceden la distribución de competencias formalmente otorgadas a los órganos adjudicadores» (Bascur, 2012: 67-68). Y prescindir de estos constreñimientos formales evidentemente conlleva que la discusión se desordene pues se pierde su estructura. Esto explica en gran medida la afirmación de Eduardo Novoa Monreal sobre el delito continuado: «no hay concepto penal más confuso y anárquico» (Novoa Monreal, 1964: 139). Pero, volviendo a lo anterior, el problema es que dar rienda suelta a las consideraciones de justicia material sin mayor cuidado por las categorías dogmáticas

24. Y el anterior es el parecer dominante en la doctrina nacional, la que sería de la postura de que «es posible apreciar la comisión de un solo delito (una sola realización típica punible) en una reiteración de hechos o sucesos fácticos independientes, aun y cuando cada uno de ellos, por separado, pudieren ser objeto de una calificación típica individual y por ello penalizados en forma autónoma bajo las reglas del concurso real de delitos. Su aplicación depende de la posibilidad de constatar la concurrencia de un vínculo de conexión entre dichos sucesos que sea de tal naturaleza que habilite a apreciar esta única realización delictiva a partir de todo el conjunto, dando forma a un caso de unidad jurídica de acción» (Maldonado, 2015: 194). Así, bajo este entendimiento, «se trata de constelaciones de casos que suponen la ejecución de varias acciones, las cuales no parecen reconducibles a ninguna de las variantes de unidad de acción, pero que, por consideraciones de política criminal y sobre todo de economía procesal, son más o menos equiparadas, según el sistema de que se trate, al tratamiento de la unidad de acción» (Mañalich, 2005: 1032).

implica adoptar una forma de funcionalismo desnudo a la hora de tratar el delito continuado, lo que es incorrecto

no porque esa reconstrucción sea posible prescindiendo de la función que cabe atribuir a las reglas con arreglo a las cuales se fundamenta la eventual responsabilidad jurídico-penal de una persona, sino más bien porque dicha función solo se realiza estructuralmente: sin estructura —esto es, sin forma—, la apelación a la función se desvanece en [...] retórica encubierta bajo vocabulario sociológico (Mañalich, 2011b: 89).

En esta línea, afirmar la presencia de un delito continuado haciendo alusión inmediata a la sustancia (es decir, una alusión no mediada por categorías formales) implica prescindir de las finas categorías penales y con eso reintroducir un debate desnudamente político criminal («retórica encubierta bajo vocabulario sociológico»). Y el problema es que los objetivos del derecho penal, entre ellos un estricto respeto a la legalidad, solo pueden ser logrados en la medida en que las especificidades de cada tipo penal (la estructura) sean el punto de partida y límite de las interpretaciones, y no sean dejadas de lado por consideraciones generales de política criminal (una apelación desnuda a la función).²⁵

A este respecto, la exclusión de ciertas razones de primer orden por parte del derecho sirve para que haya una reducción de la complejidad. Como dice Christodoulidis

las infinitas posibilidades de identificar eventos y descifrarlos mediante símbolos se reducen mediante sistemas como el derecho, que proveen un conjunto limitado desde el cual las selecciones pueden ser realizadas, y ocasionalmente, probar las variaciones. El mundo se vuelve significativo como legalmente relevante mediante la selectividad, el alineamiento a referentes provistos por el derecho (1998: 235).

Esto implica que cada vez que el sistema «actualiza la instancia desde el punto de vista de aquello que sostiene como significativo y construye sobre sus generalizaciones, al mismo tiempo suprime rasgos relevantes para otros observadores, rasgos de la particularidad de la cuestión cuando es observada desde otro punto de vista» (1999: 234).

Dejar sin aplicación una norma por consideraciones sustantivas de justicia es algo que implica considerar la particularidad del caso, la que «solo puede ser atendida volviendo al dominio de alta complejidad que desharía el derecho como un logro institucional» (Christodoulidis, 1999: 237). Como dice Christodoulidis, «la justicia fija reglas y excepciones regladas a estas reglas; dentro de su ámbito todos los casos con las mismas determinaciones deben ser tratados igualmente. Si la clemencia a va a ser algo más allá de eso, una virtud independiente, debe proveer sus propios criterios

25. Respecto de su importancia y la medida en que están reñidas con el respeto a la voluntad del legislador, véase a Mañalich (2018).

que van más allá de aquellas establecidas por esas reglas» (1999: 218). Por lo anterior, «revisitar lo sustantivo exigiría que suspendiéramos la misma lógica de las razones que existen al nivel formal, al nivel excluyente. Pero las reglas y los roles no pueden ser suspendidos de esta forma» (1999: 232). Por todo lo que, «para que el juicio legal sea clemente, las razones excluyentes del derecho deberían ceder ante razones sustantivas y cancelarse a sí mismas. Pero esta autocancelación es imposible, dado los límites de lo revisable de las razones excluyentes» (1999: 224).

En parte por lo controvertida que es la categoría de delito continuado Bascuñán cree que es preferible decir que estamos ante un delito de organización. Sostiene que el problema de afirmar que estamos ante un delito continuado es que la aplicación de esta figura «rebasa el propósito de dar cuenta de la proyección temporal de un acuerdo anticompetitivo inequívocamente singular, para reunir bajo una sola infracción una pluralidad de acuerdos cuya interrelación es dudosa» (Bascuñán, 2016: 166). Por otro lado, agrega que para afirmar que el concepto de un AUC constituye una categoría equivalente al delito continuado habría antes que descartar que la colusión implique la posibilidad de que su comisión perdure en el tiempo. Lo anterior, por contraste, no sería el caso si se entiende que la colusión, por su estructura típica, incluye tanto la celebración del acuerdo como su ejecución (Bascuñán, 2016: 249). Esto es lo que lleva a Bascuñán a afirmar que estábamos ante un delito de organización que implicaba la acumulación de diversas acciones.

Maldonado, quien es un duro crítico del estado actual de la institución de delito continuado afirma que no parece posible

prescindir de la institución, por cuanto ello implicaría obviar por completo que el carácter problemático de dichos supuestos mantendrá plena vigencia. Constituye asimismo una constatación que obliga a identificar el objetivo pretendido en torno a un problema asociado a una adecuada subsunción, a desarrollarse conforme a los caracteres del tipo en cuestión (Maldonado, 2015: 2017).

En esta línea, y acusando recibo de las variadas críticas que se pueden apuntar en contra de esta construcción, Maldonado construye un concepto estricto de delito continuado. Según este lo importante

consiste en precisar cuándo un determinado ámbito del mundo (de la realidad) cuenta o puede contar como un caso o una concreta ejemplificación de las propiedades específicas que describen al correspondiente tipo de hecho punible de que se trate. Y cuándo, a la inversa, dicho contexto refleja o da cuenta de una satisfacción plural de la totalidad de las propiedades correspondientes. [...] Se trata por ello de un ejercicio eminentemente valorativo relativo a la dimensión intencional del respectivo delito (Maldonado, 2020a: 744).

Que se trate de un ejercicio relativo a la dimensión intencional del concepto en cuestión implica que es relativo a su descripción, esto es, relativo al alcance que tiene el concepto mismo de acuerdo con sus rasgos definitorios. Y esto, a su vez, nos empuja a considerar pormenorizadamente los conceptos dentro de los cuales debemos subsumir las conductas, esto es, analizar la cuestión desde una perspectiva de tipicidad. Como dice Maldonado, «la determinación de las condiciones y casos que dan lugar a la ejecución de una determinada hipótesis delictual no puede realizarse al margen del contenido propio que lo constituye, es decir, del que es propuesto y descrito en la correspondiente definición típica» (Maldonado, 2015: 216). Así,

la determinación de una unidad (o pluralidad) depende inicialmente del tipo de objeto de que se trate, lo que demanda la consideración precisa de sus particularidades y de todas ellas. Así, parece claro que no es lo mismo saber cuándo se ejecuta una lesión corporal o varias que cuando se lleva a cabo un hurto o una estafa o varias de ellas, pues en cada caso el análisis se debe fundar en elementos o particularidades diversas» (Maldonado, 2020a: 743).

Es por lo anterior que «se podrá también advertir que la operación que se demanda materializa un ejercicio que es propio de la llamada parte especial del derecho penal, en cuanto responde al análisis propio de las particularidades que supone cada hipótesis punible en específico» (Maldonado, 2020a: 744). En otras palabras, debemos detenernos en los rasgos particulares del delito de colusión para ver si se pueden unificar diversas acciones (*lato sensu*) realizadas en la implementación de un mismo esquema colusorio bajo la figura de un delito continuado.

Entre los factores a analizar Maldonado detalla los siguientes: «la propia caracterización del bien jurídico (el hecho de que este acepte una lesión fraccionada o su espiritualidad o carácter personalísimo) [...] la modalidad comisiva prevista por el legislador para describir la afectación, contenidos que dan forma a la conducta prohibida» (Maldonado, 2015: 217), «el aprovechamiento de un mismo y único contexto situacional (siempre que sea la misma oportunidad y no una equivalente) y el fraccionamiento del plan ejecutivo» (Maldonado, 2015: 218).

Con todo, si bien el análisis de Maldonado es correcto, este tiene un error de etiquetado. Esto, pues una vez que se dirige la cuestión del delito continuado a un análisis de las especificidades del tipo penal, y, por tanto, a la parte especial del derecho penal, la categoría de delito continuado pierde su contenido, pues bajo esta concepción se reduciría a ser un llamado de atención que implica analizar las especificidades de cada tipo penal para analizar si acaso existe unidad típica de acción o no.²⁶ Y con

26. Además, las razones de Maldonado para afirmar la necesidad de la figura de delito continuado eran esencialmente funcionales: esta herramienta soluciona problemas reales. Pero, como vimos, el problema es que una perspectiva funcionalista no alcanza a ver que hay ciertas funciones que solo se pue-

esto, se vuelve indistinguible la presencia de un delito continuado de la presencia de una unidad típica de acción.²⁷

A la misma conclusión llegaba hace sesenta años Novoa Monreal, quien calificaba al delito continuado como un *fetichismo jurídico*, negando por tanto su procedencia. Era de la misma opinión sobre los requisitos que deben estar presentes para afirmar que varias acciones en sentido natural pueden ser reunidas como tan solo una realización típica (Novoa, 1964: 146).²⁸

A un análisis de esta índole se dedica la próxima sección.

Unidad típica de acción en el delito de colusión

En lo que sigue, me concentraré en las razones que puede haber para afirmar que existe una unidad jurídica de acción entre diversas acciones en sentido natural cometidas en realización de un esquema colusorio.

Aquí hay varios factores relevantes. Primero, respecto de si el bien jurídico admite una lesión fraccionada, esto sí se puede predicar respecto del bien jurídico libre competencia.²⁹ A este respecto, este bien jurídico sí admite una lesión fraccionada, pues cuando se lesiona la libre competencia, esto no se hace en un instante discreto, pues lo lesionado es el proceso competitivo como un todo o el bienestar de los consumidores, cosas que necesariamente implican el desarrollo de acciones de largo aliento que tengan un impacto en la esfera económica como un todo. Además, esto mismo es admitido por las normas que regulan la sanción administrativa y penal de la colusión. Respecto de la sanción administrativa, la multa a ser impuesta varía de acuerdo con la extensión de las acciones anticompetitivas, lo que supone que puede

den desempeñar correctamente si son realizadas mediante estructuras formales. El delito continuado es una doctrina que es estructuralmente insensible, y por eso respeta poco (o derechamente no respeta) el tenor literal. Maldonado es sensible a los problemas que implica este funcionalismo desatado, y por eso llega a una solución que es sensible al rol que juegan las estructuras en el razonamiento penal, y por eso toma los tipos penales y su correcta interpretación como el punto de partida y límite de la posibilidad de admitir una unidad típica de acción. Pero se equivoca al llamar esta maniobra como un nuevo concepto de delito continuado, pues vacía esta categoría de contenido al limitarla a una operación de análisis del tipo penal. Y esta no es una cuestión puramente terminológica, pues el concepto de delito continuado agrupa tantas maniobras tan dudosas que sería mejor preservar el término como uno que engloba cuales operaciones interpretativas son incorrectas.

27. Y como bien dice Mañalich habrá unidad típica de acción cuando «a pesar de concurrir varias acciones en sentido natural (varias acciones como unidades atómicas de comportamiento), todas ellas, desde el punto de vista del tipo de delito en cuestión, no representan sino una acción típica, una sola acción en el sentido de ese tipo de delito» (Mañalich, 2005: 1106).

28. Igual que Maldonado, Novoa incluye la naturaleza del bien jurídico como uno de los criterios que sirve para interpretar el tipo penal (Novoa, 1964: 147).

29. Asunto tratado con detalle en Peralta (2021: 11-41).

haber acuerdos de mayor o menor envergadura, y, por tanto, de variable extensión temporal (artículo 26 letra c del Decreto Ley 211). Por otro lado, que en el caso de la sanción penal el Fiscal Nacional Económico esté obligado a querrellarse cuando la colusión implique «hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados» (artículo 64 inciso segundo del Decreto Ley 211), significa que la colusión tiene un desarrollo variablemente intenso, es decir, la lesión del bien jurídico es graduable.

Un segundo factor relevante es el potencial encadenamiento entre diversas acciones colusivas, cosa que les quitaría su independencia y las haría partes de un todo que solo es sancionable bajo una misma hipótesis. Como dice Maldonado, «las fases posibles de identificar en torno a un delito suelen carecer de relevancia autónoma en cuanto si forman parte de una ejecución más completa o acabada» (Maldonado, 2020a: 746). Creo que esto es así en ciertos casos de colusión, pues hay acciones que cobran pleno sentido por relación a acciones previas y futuras. Este es el caso en que una acción colusiva solo puede ser realizada gracias a la plataforma delictiva que ha sido hecha posible por entendimientos previos entre las partes y por la confianza generada. Además, podría ser que un determinado microacuerdo solo sea realizable habiendo presupuesto lo hecho anteriormente, por lo que sería la reanudación o continuación de una misma realización delictiva. En otras palabras, podría haber un encadenamiento entre diversas acciones colusivas en las que cada acción anterior es una condición necesaria más no suficiente de la posterior. Además, la interdependencia implica, al menos bajo cierta concepción, que por su interacción entre sí diversos acuerdos son capaces de lograr el objetivo anticompetitivo.³⁰ En esta línea, la Corte de Justicia Europea ha establecido como uno de los criterios relevantes el que los arreglos sean complementarios en el sentido de que interactúan entre sí para realizar en conjunto los efectos anticompetitivos, englobados bajo un mismo esquema anticompetitivo (Joshua, 2009: 471). Así, en una de sus sentencias la Corte afirmó que existía complementariedad entre diversas acciones

en el sentido de que cada una de ellas iba destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuían, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único.³¹

30. Decisión de la Comisión respecto de un procedimiento bajo el artículo 81 del Tratado de la Comunidad europea y el artículo 53 del acuerdo EEE (Caso COMP / E-2 / 37.533, Choline Chloride), párrafo 179. Disponible en <https://bit.ly/3hoiAJQ>.

31. Sentencia de la Corte de primera instancia (segunda cámara), 12 de diciembre 2007, párrafo 179. Joshua a partir de esto propone el siguiente test de dos partes: i) el éxito de las variadas partes de la conspiración es esencial para el éxito del todo y viceversa, ii) los participantes, cualesquiera que sean sus

Que el bien jurídico pueda ser afectado fraccionadamente es aquello que hace inteligible que sea la interacción de diversas acciones concatenadas la que, en los términos de más arriba, contribuyan «mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia». Al analizar la figura de un AUC hay autores que afirman que aquí este acuerdo «es tanto una “única” infracción en tanto los hechos y circunstancias están entrelazadas, como una infracción “continua” en que el comportamiento es uno que pertenece a una serie ininterrumpida de ocurrencias» (Colombani, Kloub y Sakkers, 2016: 1767 punto 8.460). Creo que estos dos criterios de un AUC también son aplicables como criterios para afirmar unidad típica de acción.³²

Un tercer criterio es el objetivo común. Si bien hay autores que afirman que este es el criterio medular, creo que este es insuficiente. Esto, pues podría haber dos colusiones distintas, una ya sancionada y otra posterior, y ellas podrían compartir un objetivo común, sin que ello sea suficiente para afirmar que estamos ante una misma conducta. Es más, si se afirmara que el único criterio necesario y suficiente para afirmar que hay un AUC fuera este, llegaríamos a la absurda conclusión de que las dos colusiones recién mencionadas serían idénticas y que por tanto la segunda no podría ser castigada pues sería una infracción de la regla de *ne bis in idem*. Además, uno siempre podría describir el objetivo de una manera suficientemente genérica para que calzaran dos esquemas colusorios,³³ o de manera suficientemente estrecha como para que no calzaran.³⁴ Y esto tiene que ver con existe un vacío de particularidad en cuanto a «la diferencia entre cualquier descripción del particular y el horizonte de sus posibles descripciones» (1999: 239; énfasis agregado).

Y esto tiene que ver con lo que Szczaranski señala como «la infinitud de posibles descripciones reales de un hecho en el sentido extensional: en cada caso concreto infinitas propiedades son simultáneamente actualizadas, pero la regla define mediante una descripción un set finito de propiedades como las relevantes» (2018: 637).

roles, conscientemente contribuyeron a y tenían un interés en el éxito de esta empresa conjunta (Joshua, 2009: 477). El segundo punto del test de Joshua se refiere a los criterios para imputar un AUC antes que a la configuración de un AUC. Con todo, el primer punto es crucial para tener un criterio respecto de la interconexión entre los diversos acuerdos.

32. Vale la pena notar que la jurisprudencia estadounidense también ha reunido varias acciones a partir del criterio de interdependencia e interconexión (Von Papp, 2017: 28). Además, entre otros elementos que se mencionan para afirmar la presencia de un AUC Bergqvist menciona elementos objetivos y subjetivos de la conexión (Bergqvist, 2021: 5).

33. Por esto último se equivoca Romić al afirmar que la posibilidad de que la comisión incrimine dos hechos colusorios distintos como un AUC es prevenida por la exigencia de que entre ambas colusiones exista un único objetivo en común (Romić, 2020: 171).

34. La jurisprudencia estadounidense también ha afirmado el objetivo común como un criterio (Von Papp, 2017: 18).

Dicho todo lo anterior, es el momento de analizar el delito de colusión desde la perspectiva de los verbos rectores y a partir de la teoría de la modalidad de acción esbozada más arriba. La celebración de acuerdos es una acción, pues tiene una determinada marca de éxito. En tal medida, las personas que están celebrando un acuerdo pueden fracasar, pues puede ser que a fin de cuentas no lleguen a un entendimiento. Profundizando en ello, la celebración de un acuerdo es un resultado institucional, pues su marca de éxito está configurada por reglas constitutivas, no por reglas causales. Y lo mismo puede ser afirmado respecto de la organización y del orden de celebrar acuerdos. Estas son también acciones, pues tienen determinadas marcas de éxito que vienen dadas por el hecho de que se termine organizando un acuerdo o que quien ordene celebrar un acuerdo logre hacer esto, respectivamente.³⁵

Finalmente, respecto de la ejecución de los acuerdos, este verbo puede ser entendido como una actividad o como una acción dependiendo de la perspectiva que se adopte. Así, si se analiza la ejecución de un acuerdo de forma análoga a cumplir con una determinada misión —consistente, por ejemplo, en encontrar un tesoro—, entonces la ejecución de un acuerdo sería una acción, pues vendría asociada a una marca de éxito. Para sostener esta tesis, empero, haría falta especificar cuál sería la marca de éxito de la ejecución de un acuerdo (obtener mayor rentabilidad, expulsar a un competidor del mercado, etcétera.). Pero, desde otra perspectiva, ejecutar un esquema colusorio se podría interpretar como una actividad si no se lo mira en relación a una marca de éxito y se lo mira, en cambio, como algo que se desempeña homogéneamente a lo largo del tiempo, como una serie de acciones que implementa un acuerdo, pero de las cuales uno no pueda identificar un momento del que dependa que tal ejecución se pueda considerar como exitosa o no. Lo anterior es relevante, pues si se considerara la ejecución como una actividad habría además que considerarlo un delito permanente (Mañalich, 2014b: 30). Y en tanto delito permanente, pese a que la comisión del delito supone la realización de varias acciones en sentido natural, el tipo de delito conduce a la consideración de ese conjunto de acciones como una sola acción, y por tanto un solo delito (Mañalich, 2004: 14).

Analizar la ejecución como una actividad es la perspectiva que hay que adoptar, pues «la ejecución del acuerdo colusorio se extiende en el tiempo mediante una serie de actos sucesivos que, precisamente, prolongan el efecto de supresión de competencia entre los sujetos del acuerdo» (Villalón y León, 2021: 4-5). Así,

la ejecución de la colusión se inicia con el perfeccionamiento del acuerdo y se extiende mientras subsista la supresión de la competencia entre sus partícipes, lo cual

35. El único punto relativamente controversial sería si acaso la orden de celebrar un acuerdo tiene que ser eficaz, es decir, motivar a un subordinado a celebrar un acuerdo. Al respecto, no es indispensable que tal orden sea eficaz, pues una orden no deja de ser una orden por ser desobedecida (pasa a ser una especie del género de las órdenes: una orden desobedecida).

requiere, por regla general, de un conjunto de acciones que «mantengan el estado de cosas contrario a derecho» provocado por el acuerdo (Villalón y León: 2021: 5).³⁶

Es crucial que «tales acciones, junto con el acuerdo, constituyen un supuesto de unidad de acción» (Villalón y León, 2021: 5) siendo el caso que la unidad de acción implica que podemos «tratar uno o varios actos parciales como una sola acción» (Mañalich, 2005: 1027).

Y es por esta unidad de acción que

la ejecución del acuerdo colusorio no se reduce al momento específico de su celebración, sino que se extiende a todas las conductas posteriores y sucesivas de implementación del acuerdo, aptas para suprimir la competencia entre sus partícipes (Villalón y León, 2021: 5).

En efecto, creo que considerar la ejecución de la colusión como una actividad implica que estamos ante una figura que admite incluir dentro de sí varias acciones discretas que, con todo, son entendidas como un solo delito que es realizado de forma homogénea. Así, bajo la ejecución del esquema colusorio se podría incluir la realización permanente de diversas acciones que son tratadas todas dentro de un mismo delito y cuya realización implica la presencia de un delito permanente.

Una potencial objeción a lo anterior es que, bajo la tipología esbozada más arriba, una ejecución debe ser homogénea, mientras que la ejecución de un esquema colusorio, por contraste, contiene varios elementos bastantes disímiles entre sí. Además, y sumado a lo anterior, en la ejecución de lo que normalmente se trata como un AUC a veces hay importantes cisuras o interrupciones.

Sobre esto, una buena forma de salvar la objeción es analizar con mayor cuidado un paradigma de lo que es una actividad: correr. Justamente, como se dijo, correr es algo que se realiza homogéneamente, por lo que no tiene una particular marca de éxito. Pero si se lo ve con mayor detalle, uno puede fraccionar las distintas partes en las que consiste *el correr* sin que estas sean extensionalmente idénticas: cada paso realizado mientras que se corre es distinto al anterior y al posterior. Es decir, cuando hablamos de las cosas que se hacen para realizar una determinada actividad, estas no tienen que ser idénticas entre sí. Y esto mismo puede ser afirmado respecto de ejecutar un esquema colusorio. Así, más bien, lo homogéneo de la actividad realizada vendría determinado por el hecho de que estamos frente a algo que es realizado continuamente en el tiempo sin que haya una determinada marca de éxito, estando

36. En rigor, no se inicia con la celebración del acuerdo, sino que se inicia tras su celebración. Esto, pues la celebración de un acuerdo no implica *ipso facto* su ejecución. Puede haber un acuerdo meramente celebrado y no ejecutado, o una ejecución que sea bastante posterior a la celebración del acuerdo. Es decir, no tiene por qué calzar el instante de la celebración del acuerdo con el instante del inicio de su ejecución.

esta realización continúa marcada por el hecho de que entre los diversos actos hay un enlace consistente en su interdependencia, siendo esto lo que dota a la actividad de su carácter continuo. Y en relación con lo anterior, la cisura entre diversos hechos realizados en pos de una misma colusión no es problemática si se toma debida nota a que la naturaleza de una ejecución no es algo inteligible sin referencia al objeto ejecutado: es distinto ejecutar la actividad de correr que ejecutar la actividad de nadar o ejecutar un esquema colusorio. Lo importante es que no haya una marca de éxito en particular y que haya interdependencia entre las diversas acciones realizadas (bajo los criterios esbozados más arriba). Además, es importante que al realizar una actividad a menudo se toma una actitud adaptativa, y lo mismo ocurre en este caso. Como dice Joshua, los carteles «no nacen totalmente desarrollados», sino que se desarrollan orgánicamente en la medida que sus miembros dilucidan maneras más sofisticadas de avanzar sus objetivos y evitar la detección (Joshua, 2009: 459). Así, el proceso ha de ser visto como un todo integrado (Joshua, 2009: 461). Por lo anterior, un cartel se puede desarrollar orgánicamente en el tiempo sin volverse una nueva infracción (Joshua, 2009: 472).

Además, respecto de las potenciales interrupciones entre diversos actos colusorios, no se debe perder de vista que cuando hay un vacío probatorio respecto de un periodo incluido dentro de un AUC, la existencia continuada de este último puede ser presumida (Von Papp, 2017: 7), pues, como veíamos, parte de la función de la figura de un AUC es permitir la reconstrucción de un esquema colusorio mayor a partir de la presencia de variados indicios. Además, siendo el caso que estamos frente a un delito permanente, no hay que ignorar que «la posición estándar en la doctrina continental consiste en mantener la unidad de acción en la comisión de un delito permanente a pesar de que tenga lugar alguna interrupción en la ejecución de la conducta típica, siempre que esta sea insignificante desde el punto de vista de la realización del delito» (Mañalich, 2005: 1106).

Dicho esto, un aspecto relevante de la colusión es que cada realización depende de la concurrencia de varios actores. Si bien, como vimos, no estamos frente a un delito que sea análogo a la asociación ilícita, sí sigue siendo cierto que estamos frente a un delito de autoría paralela por el objeto de los diversos verbos rectores: un acuerdo.³⁷ Estos exigen, cuanto menos, bilateralidad, por lo que su realización presupone que

37. Los acuerdos presuponen el intercambio de una oferta y su aceptación. En esta línea, Mañalich afirma que un comportamiento constitutivo de colusión debe ser entendido como un comportamiento de carácter individual, atribuible a algún interviniente en el respectivo mercado cuya eventual relevancia típica presupone la existencia de a lo menos otro comportamiento confluyente de algún otro interviniente en el mercado (Mañalich, 2015: 16). Esto pues, por un lado, solo puede haber un acuerdo o práctica concertada si confluyen al menos dos agentes, y segundo, la existencia de un acuerdo o de una práctica concertada depende del reconocimiento de la existencia de un concierto de dos o más agentes en torno a la realización de la correspondiente práctica (Mañalich, 2015: 17).

más actores participen de un mismo esquema, y cada uno participará de su propio delito consistente en la celebración, ejecución, u organización de un acuerdo, si bien este ilícito presupondrá la concurrencia de más actores que serán de por sí responsables por sus propias realizaciones típicas.³⁸

Así, es importante respecto de la intervención de varios actores en un esquema colusorio que los agentes pueden ir variando a lo largo del tiempo, pero que esto no obsta a que siga habiendo una única infracción, pues el delito de colusión es realizado a título individual, más allá de que aquellos incluidos dentro del acuerdo varíen. En otras palabras, no se realizará este delito a título de coautoría, sino que se realiza a título de autoría, pero esta autoría presupone la concurrencia de otras personas. Y esta es una diferencia importante si se lo compara con un AUC, pues en este último caso la conducta de todos los otros competidores puede ser imputada a cualquiera de estos (Von Papp, 2017: 7).

Otra diferencia importante es que, bajo la figura de un AUC, establecer su existencia y decidir quien ha sido parte de él son dos cosas distintas (Bergqvist, 2021: 6). Pero bajo el modelo aquí esbozado la realización de un delito de colusión es algo que solo puede ser realizado a título individual. Así, bajo el modelo propuesto cada potencial autor de un delito continuado de colusión es potencialmente responsable de su propio delito, mientras que en el caso de un AUC existe un delito que puede ser imputado a los diversos actores.

Dicho todo lo anterior, es importante que la ejecución de acuerdos es solo uno de los verbos rectores disponibles (pues también se debe incluir celebrar, ordenar celebrar y organizar acuerdos), por lo que solo este verbo podría admitir dentro de sí casos análogos a los que incluye la doctrina del AUC.

Si bien lo anterior es cierto, no hay que perder de vista que estamos frente a un tipo con hipótesis múltiples de comisión, es decir de una figura construida «a partir de variadas formas comisivas cuya ejecución se regula en forma conjunta en una misma disposición y en términos alternativos, de forma que la ejecución de cualquiera de ellas, de varias, o de todas da lugar a un solo delito» (Maldonado, 2020b: 513, nota 119). Y, a este respecto, «la particularidad radica en que la “reunión” de dichas conductas se asocia a una decisión del legislador relativa al efecto reseñado, por lo cual se los califica comúnmente como casos de unidad típica o jurídica de acción» (Maldonado, 2020b: 513 nota 119).

Conclusión

En síntesis, el tipo penal admite dentro de sí la reunión de diversas acciones (lato sensu) en la modalidad de una unidad típica de acción. Así, la sanción penal de la

38. Exceptúo la orden de celebrar un acuerdo, pues aquí sí puede haber unilateralidad.

colusión sí admite una interpretación bajo la que se resuelven algunos de los problemas que, a nivel comparado, resuelve la doctrina del AUC. A este respecto, la ejecución del esquema colusorio es una actividad que se desarrolla homogéneamente en el tiempo y reúne dentro de sí varias actuaciones en pos de realizar un esquema colusorio a modo de delito permanente. Además de esto, y en relación a los otros verbos rectores presentes (como celebrar, ordenar celebrar u organizar acuerdos), no debemos perder de vista que estamos frente a un tipo con hipótesis múltiples de comisión, por lo que estas diversas hipótesis de comisión admiten ser reunidas como una sola acción típica.³⁹

Referencias

- ACCATINO, Daniela (2014). «Atomismo y holismo en la justificación probatoria». *Isonomía*, 40: 17-59. Disponible en <https://bit.ly/3UUwo6E>.
- ALEXIADIS, Peter, Daniel Swanson y Alejandro Guerrero (2016). «Raising the EU evidentiary bar for the “single and continuous infringement” doctrine». *Concurrentes Revue des droits de la concurrence/Competition Law*, (4): 1-10. Disponible en <https://bit.ly/3Yoio8e>.
- BASCUÑÁN, Antonio (2016). *Estudios sobre la Colusión*. Chile: Thomson Reuters.
- BASCUR RETAMAL, Gonzalo Javier (2012). «Reflexiones acerca de la teoría del delito continuado y aproximación crítica acerca de su pertenencia al derecho penal chileno vigente». *Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia*, 1: 33-73.
- BERGQVIST, Christian (2021). «A single and continuous infringement». Disponible en <https://bit.ly/3hvC6ye>.
- CHRISTODOULIDIS, Emiliós (1999). «The irrationality of merciful judgment: exclusionary reasoning and the question of the particular». *Law and Philosophy*, 18 (3): 215-241.
- COLOMBANI, Antoine, Jindrich Kloub y Ewoud Sakkers (2016). «Part II Specific Practices, 8 Cartels, E Evidence in Cartel Cases». En Jonathan Faull y Ali Nikpay, *The EC Law of Competition* (pp. 1762-1795). 3.ª edición. Oxford: Oxford University Press.
- COX, Juan Pablo (2013). «La conducta en los delitos de posesión». *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, 2 (3): 51-67.
- DUBBER, Markus (2005). «The possession paradigm: the special part and the police power model of the criminal process». En Antony Duff y Stuart Green, *Defining Crimes* (pp. 91-118). Oxford: Oxford University Press.

39. No hay que perder de vista que lo relevante no es si «naturalmente» aquí hay una acción o varias. Lo importante es la perspectiva del legislador y si esta, plasmada en el respectivo tipo penal, trata estas actuaciones como una o varias acciones.

- GRUNBERG, Jorge (2017). «Los acuerdos y las prácticas concertadas como medios para cometer el ilícito de colusión y las colusiones *hub and spoke*». En Mario Ybar y Sebastián Castro (coordinadores) y Felipe Belmar y Pía Chible (editores), *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica* (2010-2017) (pp. 15-52). Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica. Disponible en <https://bit.ly/3lmZLPJ>.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2016). «Informe en Derecho». Informe en Derecho en Rol C-304-2016. Requerimiento de la *Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*. Fojas 8912.
- JOSHUA, Julian (2009). «Single Continuous Infringement of Article 81 EC: Has the Commission Stretched the Concept Beyond the Limit of its Logic?». *European Competition Journal*, 5 (2): 451-477. DOI: [10.5235/ecj.v5n2.451](https://doi.org/10.5235/ecj.v5n2.451).
- KENNY, Anthony (2003). *Action, Emotion and Will*. Londres: Routledge.
- LÓPEZ ROJAS, Dayan Gabriel y María Caridad Bertot Yero (2012). «El delito continuado y la prohibición de persecución penal múltiple». *Revista Chilena de Derecho*, 39 (3): 725-751. Disponible en <https://bit.ly/3V1fikJ>.
- MALDONADO, FRANCISCO (2020a). «Unidad de acción, unidad de hecho y unidad de delito en el concurso de delitos». *Revista Chilena de Derecho*, 47 (3): 733-755. Disponible en <https://bit.ly/3Pw6t4b>.
- . (2020b) «Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales». *Política Criminal*, 15 (30): 493-525. Disponible en <https://bit.ly/3htSmzQ>.
- . (2015). «Delito continuado y concurso de delitos». *Revista Chilena de Derecho*, 28 (2): 193-226. Disponible en <https://bit.ly/3YDu4En>.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2004). «El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía». *Revista de Estudios de la Justicia*, 5: 11-33. Disponible en <https://bit.ly/3YojVeU>.
- . (2005). «El concurso de delitos: bases para su reconstrucción en el derecho penal de Puerto Rico». *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 74 (4): 1021-1211.
- . (2010). *Terror, pena y amnistía*. Santiago: Flandes Indiano.
- . (2011a). «Organización delictiva. bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno». *Revista Chilena de Derecho*, 38 (2): 279-310. Disponible en <https://bit.ly/3Yo7KhH>.
- . (2011b). «El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno». *Revista Chilena de Derecho*, 34 (1): 87-115. DOI: [10.4067/S0718-09502011000100005](https://doi.org/10.4067/S0718-09502011000100005).
- . (2014a). «El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio». *Política Criminal*, 9 (18): 543-563. DOI: [10.4067/S0718-33992014000200008](https://doi.org/10.4067/S0718-33992014000200008).
- . (2014b). *Norma, causalidad y acción*. Madrid: Marcial Pons.

- . (2015). «La imputación de la adopción de un acuerdo colusorio bajo el derecho de la libre competencia». Informe en Derecho en Rol c-292-2015. Requerimiento de la *Fiscalía Nacional Económica contra CCNI S.A. y otras*. Fojas 5084.
- . (2016). *Estudios Sobre la Parte Especial del Derecho Penal Chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- . (2018). «El principalismo político criminal como fetiche». *Revista de Estudios de Justicia*, 29: 59-71. Disponible en <https://bit.ly/3uStpB7>.
- . (2020). «La voluntariedad del desistimiento como “ortonomía” motivacional», en Nicolás Acevedo V., Rafael Collado G. y Juan Pablo Mañalich R. *La Justicia como Legalidad. Estudio en Homenaje a Luis Ortiz Quiroga* (pp. 297-320). Chile: Thomson Reuters.
- MOURELATOS, Alexander (1978). «Events, processes, and states». *Linguistics and Philosophy*, 2: 415-434.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1964). «El delito continuado en Chile: un fetiche jurídico». *Revista de Ciencias Penales*, 23 (2): 139-153.
- OLAVE, Alejandra (2018). «El Delito de hurto como tipo de delito de resultado», *Política Criminal*, 13 (25): 175-207. DOI: [10.4067/S0718-33992018000100175](https://doi.org/10.4067/S0718-33992018000100175).
- PERALTA, Ignacio (2021). «Bien jurídico y tipo objetivo en la sanción penal y administrativa de la colusión». Tesis de Pregrado, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Disponible en <https://bit.ly/3FUwF5a>.
- ROMIĆ, Mirna (2020). «Particularities of Proving a Single and Continuous Infringement of EU Competition Rules». *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 13 (22): 169-187. Disponible en <https://bit.ly/3Bazuwl>.
- SANTELICES, Víctor (2020) «El tipo penal de la colusión». En Osvaldo Artaza, Matías Belmonte y Víctor Santelices, *El delito de colusión*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SZCZARANSKI, Federico (2018). «La forma del derecho». *Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought*, 9 (3): 636-643. DOI: [10.1080/20403313.2018.1532066](https://doi.org/10.1080/20403313.2018.1532066).
- VALDÉS, Domingo (2013). «Una visión interdisciplinaria del bien jurídico libre competencia». *Ius Publicum*, 30: 125-154. Disponible en <https://bit.ly/3FW7grK>.
- VALDÉS, Domingo. (2016) «Informe en derecho: acerca de una supuesta práctica concertada». Informe en Derecho en Rol C-304-2016. Requerimiento de la *Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*. Fojas 9342.
- VILLALÓN VARGAS, María José y Daniela León Mc Vey (2021) «La prescripción extintiva en el derecho de la libre competencia: una revisión de la jurisprudencia relevante», *Investigaciones CeCo*. Disponible en <https://bit.ly/3YrmyvT>.
- VON PAPP, Wagner (2017). «Single conspiracies in the United States and single and continuous (or repeated) infringements in the European Union». Informe en Derecho en Rol C-312-2016. Requerimiento de la *Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y Otros*. Fojas 2551.

Agradecimientos

El autor agradece al profesor Javier Contesse y a su grupo de ayudantes, y al profesor Juan Pablo Mañalich y a la profesora Alejandra Olave.

Sobre el autor

IGNACIO PERALTA FIERRO es egresado de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante *ad honorem* de Filosofía de la Moral, Justicia Social y Teoría de la Justicia, de Derecho Penal y del Centro de Regulación y Competencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es iperaltaf@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0003-2873-3145>.

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)