

***UNA PROPUESTA DE CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS  
EMPRESAS QUE PRESTAN UN SERVICIO DE UTILIDAD  
PÚBLICA SEGÚN LA LEY N°20.393 A LA LUZ DEL PRINCIPIO  
DE PROPORCIONALIDAD***

*A PROPOSAL FOR THE CONCEPTUALIZATION OF COMPANIES  
THAT PROVIDE A PUBLIC UTILITY SERVICE UNDER LAW NO.  
20.393 IN LIGHT OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY*

ANTONIA MARTÍNEZ-VARGAS\* \*\*

*RESUMEN*

La Ley 21.595, publicada el día 17 de agosto de 2023, introdujo numerosos cambios al modelo chileno de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin duda, la modificación más relevante de las que este cuerpo de normas incorporó a la Ley 20.393 es la eliminación de la alusión al interés o provecho de la persona jurídica como condición para la configuración de su responsabilidad penal, viéndose significativamente ampliada, en consecuencia, la aplicabilidad de sanciones penales respecto de las empresas. En este escenario, se vuelve relevante determinar claramente los casos en que las personas jurídicas resultan exentas del cumplimiento de las penas, y especialmente de la más grave del ordenamiento jurídico, es decir, la extinción de las personas jurídicas, como sucede en el caso de las “empresas que prestan un servicio de utilidad pública”, concepto cuyos límites se pretenden esbozar en el presente trabajo.

\*Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Investigadora independiente. Correo electrónico: antonia.martinez@derecho.uchile.cl. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-9246-8448>.

\*\*Agradezco a Miguel Schürmann Opazo y Alejandro Awad Cherit, colegas y profesores, por su permanente disposición para discutir sobre las ideas que fundan este texto.

Trabajo recibido el 30 de marzo de 2025 y aceptado para su publicación el 25 de junio de 2025.

*Palabras clave:* Servicio de utilidad pública; Responsabilidad penal de las personas jurídicas; Principio de proporcionalidad; Extinción de la persona jurídica; Ley de Delitos Económicos; Exención de la pena.

## *ABSTRACT*

Law 21.595, published on August 17, 2023, introduced numerous amendments to the Chilean model for attributing criminal liability to legal entities. Undoubtedly, the most substantial modification incorporated by this legal instrument to Law 20.393 is the elimination of the reference to the interest or benefit of the legal person as a requisite for the establishment of its criminal liability. Consequently, the scope of applicability of criminal sanctions against companies has been considerably broadened. In this scenario, it becomes relevant to clearly determine the cases in which legal entities result exempt from the enforcement of penalties, particularly the most severe sanction within the legal system, the extinction of the legal entity, as in the case of “companies that provide a public utility service”, a concept whose boundaries this paper seeks to outline.

*Keywords:* Public utility service; Criminal liability of legal persons; Principle of proportionality; Extinction of the legal entity; Economic Crimes Law; Exemption from penalty.

## *I. ORIGEN, MODIFICACIONES Y APLICACIÓN DE LA LEY N°20.393*

La Ley N°20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante, indistintamente, la “Ley 20.393”), fue publicada en el año 2009 pese a la reticencia que imperaba en la época frente al establecimiento de penas respecto a empresas y otras personas jurídicas. Esta ley se impulsó, principalmente, producto del ingreso de Chile a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante, “OCDE”), circunstancia que trajo consigo la necesidad de implementar un sistema de responsabilidad penal especial respecto de tales entidades, para así cumplir con las exigencias contenidas en la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, que data del 21 de noviembre de 1997.

La referida ley se caracteriza por la primacía de la autorregulación como forma de tratamiento del problema de la responsabilidad penal organizacional, en cuanto impone a las empresas el deber de organizarse de modo tal que ellas mismas sirvan como instrumento de prevención del delito a través de la adopción de programas de cumplimiento.

En su formulación original, la Ley 20.393 establecía tres presupuestos de

punibilidad para reconocer la responsabilidad penal de una empresa. Primero, que el delito fuera perpetrado directa e inmediatamente en su interés o para su provecho; segundo, que se cometiera por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realizaran actividades de administración y supervisión en la empresa y, finalmente, que la comisión del delito fuera consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica de sus deberes de dirección y supervisión. Estos presupuestos de punibilidad se mantuvieron intactos en la Ley 21.132, publicada el 20 de noviembre de 2018, la cual introdujo importantes modificaciones a la Ley 20.393 ampliando el listado primitivo de los delitos base y agravando las sanciones aplicables a las personas jurídicas.

Sin embargo, recientemente el modelo de atribución de responsabilidad antes descrito sufrió un cambio radical producto de la Ley 21.595 (en adelante, indistintamente, la “Ley de Delitos Económicos”), publicada el día 17 de agosto de 2023. Los profesores BASCUÑÁN y WILENMANN explican a este respecto que “(l)as modificaciones más relevantes incluyen la ampliación del catálogo de delitos que generan responsabilidad penal, la inclusión de una nueva pena de supervisión de la persona jurídica (y) modificaciones en los montos de las multas”.<sup>1</sup> No obstante, la principal innovación en términos sustantivos que este cuerpo normativo introdujo a la Ley 20.393 fue la eliminación del interés o provecho de la persona jurídica como condición para la configuración de su responsabilidad penal, viéndose significativamente ampliado, en consecuencia, el universo de conductas punibles respecto de las empresas y, correlativamente, la aplicabilidad de sanciones en su contra.

Pues bien, la pena más grave contemplada por el sistema regulado en la Ley 20.393 ha sido desde su concepción la disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica –sanción que, con las modificaciones de la Ley de Delitos Económicos, pasó a denominarse extinción de la persona jurídica el 1 de septiembre de 2024–. La procedencia de esta pena en particular se ha extendido normativamente por dos vías. En primer lugar, mediante el incremento de los delitos que habilitan la imposición de esta sanción en la Ley 20.393, lo cual hizo tanto la Ley 21.121, que incorporó dentro de los tipos base, por ejemplo, los delitos de apropiación indebida y administración desleal; como la Ley 21.595, que incluyó dentro de este catálogo a todos los delitos potencialmente calificables como económicos, incluso aunque no cumplan los requisitos que esta misma ley exige para ello. En segundo lugar, a través de la remoción de condiciones para la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o la ampliación de criterios de imputación de responsabilidad para estas entidades, como lo son

<sup>1</sup> BASCUÑÁN, Antonio; WILENMANN, Javier, *Derecho Penal Económico chileno*, Tomo I, Ediciones DER, Santiago, 2023, p. 52.

respectivamente la eliminación del requisito del interés o beneficio de la persona jurídica y la ampliación del factor de conexión personal del artículo 3 de la Ley 20.393, ambos cambios que trajo consigo la Ley de Delitos Económicos.

De este modo, mientras más se amplía la aplicabilidad de la sanción de extinción de una persona jurídica, más relevante se vuelve entender los criterios que deben tener en consideración los juzgadores al decidir sobre su imposición y especialmente aquellos casos de exención de dicha pena, tornándose así perentoria la proposición de herramientas que permitan delimitar el concepto de empresas que prestan un servicio de utilidad pública, proyecto al cual este trabajo pretende aportar.

## *II. REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS QUE PRESTAN UN SERVICIO DE UTILIDAD PÚBLICA EN LOS ARTÍCULOS 9°, 15 N°6 Y 29 DE LA LEY 20.393*

Habiendo reseñado, en términos generales, la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, cabe advertir una incógnita trascendental cuya solución no ha sido objeto de ninguna de las modificaciones a la Ley 20.393, esto es, el concepto de empresas o personas jurídicas de derecho privado que prestan un servicio de utilidad pública, el cual está incorporado tanto en el artículo 9° de la mentada ley —antiguo artículo 8°—, que enumera las penas aplicables a las personas jurídicas, como en el artículo 15 —antiguo artículo 17—, relativo a las reglas de determinación judicial de la pena, y en el artículo 29, que regula hipótesis de suspensión de las condenas. Tampoco han tematizado este concepto los tribunales de justicia con competencia penal en toda la historia de la Ley 20.393, en tanto, dentro del universo de decisiones condenatorias que se han dictado desde su promulgación —ya sea en juicios orales, o bien en procedimientos abreviados—, no ha existido ninguna en la que un tribunal se haya pronunciado acerca de si la persona jurídica juzgada prestaba o no el tipo de servicio aludido.

Siguiendo entonces con lo que dice la Ley 20.393 sobre el tema analizado, cabe observar que su artículo 9° inciso final establece que: “(L)a pena de extinción de la persona jurídica no se aplicará a las empresas públicas creadas por ley ni a las personas jurídicas que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pueda causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad o sea perjudicial para el Estado”.<sup>2</sup> Esta última hipótesis sobre el perjuicio para el Estado se introdujo con la promulgación de la Ley 21.595.

Es importante notar que la aplicación de la disposición no es de carácter facultativo para el tribunal, vale decir, el legislador no establece que el juez *podrá*

<sup>2</sup> Ley N° 20.393, 2009.

eximir de la sanción de extinción de la persona jurídica a aquellas empresas que prestan un servicio de utilidad pública, sino que ordena que así sea.

Lo anterior es coherente con la radical reformulación del sistema de determinación de la pena que se llevó a efecto mediante la Ley 21.595. Respecto de las personas jurídicas en específico, “en lo esencial, la graduación de las penas como crimen o simple delito se hizo dependiente de las operaciones del CP (Código Penal) y no, en cambio, de una asignación arbitraria en la Ley 20.393. Más importante, el sistema rígido de selección del número de penas en base a la condición de crimen o simple delito y la aplicabilidad de atenuantes o agravantes desapareció”.<sup>3</sup> Consecuencialmente, las modificaciones legales otorgaron un mayor espacio a la discrecionalidad judicial en lo relativo a la determinación del número y naturaleza de las penas a imponer en cada caso.

En ese sentido, hoy las penas de imposición obligatoria para las personas jurídicas son solamente las de multa y de publicación del extracto de la sentencia condenatoria, sin perjuicio del comiso de instrumentos y efectos, en caso de que concurran las circunstancias de los artículos 31 y siguientes del Código Penal.<sup>4</sup> Por otro lado, existen penas que se comportan como auxiliares en la Ley 20.393, como lo son la pérdida de beneficios fiscales, la inhabilitación para contratar con el Estado, la supervisión de la persona jurídica y finalmente la extinción de la persona jurídica en los términos del referido artículo 9°. Y, “(a) diferencia de las otras penas, la imposición de estas penas siempre debe justificarse en base a consideraciones de determinación de la pena”.<sup>5</sup>

Dentro de ese marco, tal como se desprende de su redacción, lo que está detrás de la norma contenida en el artículo 9° inciso final de la Ley 20.393 es un afán del legislador por proteger el funcionamiento de aquellas empresas que, dado el tipo de servicio que prestan, son objetos de interés público, en la medida que “la primera obligación de la gestión pública es la de mantener un orden espontáneo que permita a los individuos desarrollar cualquier actividad según sean sus necesidades”.<sup>6</sup> No es precisamente, entonces, una garantía para la persona jurídica, sino que para la comunidad, sin perjuicio de las objeciones que quepa formular frente a la imprecisión de este concepto.<sup>7</sup>

Corresponde preguntarse aquí qué clase de norma es la del artículo 9° inciso

<sup>3</sup> BASCUÑÁN, Antonio; WILENMANN, Javier, *Derecho Penal Económico chileno*, Tomo II, Ediciones DER, Santiago, 2024, pp. 514-515.

<sup>4</sup> BASCUÑÁN y WILENMANN, cit. (n. 3), p. 507.

<sup>5</sup> BASCUÑÁN y WILENMANN, cit. (n. 3), p. 507.

<sup>6</sup> PEÑA, Marisol; ROSALES Cecilia, “El interés público en el constitucionalismo postmoderno”, *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, 2001, N° 22. p. 491.

<sup>7</sup> Véase BASCUÑÁN y WILENMANN, cit. (n. 3), p. 529.

final de la Ley 20.393. Desde ya, por su propia naturaleza, es posible descartar que se trate de una atenuante, una causa de justificación, una causa de inculpabilidad, o una causal de exculpación. Sin embargo, existen otras instituciones en el ordenamiento jurídico penal que se le asemejan, las cuales serán comentadas en lo que sigue:

El artículo 9º inciso final podría considerarse, en primer lugar, un tipo de excusa legal absolutoria principalmente porque ambas figuran impiden la aplicación de una sanción penal por razones de política criminal. En ese sentido, se ha dicho que la excusa legal absolutoria es una condición ulterior de la cual puede depender el merecimiento y necesidad de la pena respecto de un delito específico por referencia a variables extradelictivas.<sup>8</sup> Sin embargo, el efecto de una excusa legal absolutoria es la exclusión de la responsabilidad penal, mientras que la disposición en comento simplemente obliga al juzgador a descartar la imposición de una determinada pena que es la extinción de la persona jurídica, cuando se trata de una empresa que presta ciertos servicios de interés público, dejando intacta su responsabilidad y, por tanto, la procedencia de sanciones distintas a aquella.

A su vez, podría entenderse que esta norma contiene una condición objetiva de punibilidad, entendiendo esta categoría como aquella clase de circunstancias que “no queda sujeta a la voluntad del actor, sino a las fuerzas de la naturaleza o a la voluntad de terceros, pero que necesariamente debe concurrir para que pueda imponerse pena al hecho típico, antijurídico y culpable”.<sup>9</sup> El profesor Juan Bustos distingue esta figura de la anterior, explicando que las excusas legales absolutorias “son circunstancias personales que, por estrictas razones de utilidad en relación a la protección del bien jurídico, excluyen la imposición de la pena”,<sup>10</sup> mientras que las condiciones objetivas de punibilidad “son circunstancias objetivas que por razones de estricta utilidad en relación al bien jurídico protegido condicionan la imposición de la pena o la extensión de la misma”.<sup>11</sup> Pese a que la relación entre ambas instituciones ha sido objeto de extenso debate, aquello excede el objetivo de este trabajo. Así, en lo relevante, más allá de otras diferencias que pudieran presentar las condiciones objetivas de punibilidad con el artículo 9º inciso final de la Ley 20.393, resaltan dos consideraciones relevantes: primero, que la propia redacción de esta disposición impide concebirla como una condición ulterior — con carácter objetivo — de cuya satisfacción depende la punibilidad del hecho, en

<sup>8</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de antijuridicidad en el derecho penal chileno”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2011, Vol. 24, N° 1, p. 92.

<sup>9</sup> GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 2º ed., p. 326.

<sup>10</sup> BUSTOS, Juan, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Ara Editores, Lima, 2004, p. 1019.

<sup>11</sup> BUSTOS, cit. (n. 10), p. 1019.

tanto, el texto legal considera precisamente una circunstancia personal relativa al tipo de empresa condenada para efectos de imposibilitar a su respecto la aplicación de una sanción específica, y segundo, el hecho de que concebir el artículo 9° dentro de esa calificación no solo implicaría alejarse de su tenor literal, sino también entender que el que una empresa no preste un servicio de utilidad pública sería una condición objetiva requerida para aplicar la sanción de extinción de la persona jurídica, formulación que instala sobre el ente persecutor la carga de probar un hecho negativo, consistente en que la empresa a condenar no ofrece estos servicios.

Habiendo descartado las hipótesis previas, se propone concebir el inciso final del artículo 9° de la Ley 20.393 como una causa de exención o exclusión de pena por razones de política criminal. Un caso similar que viene en consideración es el del indulto, entendido como un perdón proveniente generalmente del Poder Ejecutivo que exime a un condenado de la pena a la que fue sentenciado, pudiendo esto significar la commutación total de cualquier tipo de sanción penal o únicamente la rebaja de su condena. Este último es el caso los indultos presidenciales concedidos a los condenados a muerte en Chile. Además de los presos políticos que fueron indultados luego del retorno a la democracia con posterioridad a 1990, hubo indultos que se produjeron por razones humanitarias respecto de cinco condenados a pena de muerte, a saber: Juan Domingo Salvo Zúñiga (Presidente Aylwin); Mauro González Quispe, René Larico Aguilar y Fausto Mamani (Presidente Aylwin); y Cupertino Andaur (Presidente Frei), cuyas penas fueron reemplazadas por cadena perpetua. Esto fue reconocido historiográficamente como una abolición de facto de la pena capital.<sup>12</sup> De este modo, el artículo 9° inciso final se asimila al indulto en términos tales que ambos permiten rebajar una pena determinada, reemplazándose la misma por una menos severa, debido a consideraciones extrajurídicas.

Lo señalado en el párrafo anterior, en todo caso, admite numerosos matices, toda vez que existen gravitantes diferencias estructurales entre una causal de exención o exclusión de pena que se establece a través de una norma general, como la del artículo 9°, y una causal de extinción de la responsabilidad penal decretada mediante una norma de carácter particular, como el indulto,<sup>13</sup> el cual, además, constituye un “acto de gracia” y, en tal medida, tiene como nota distintiva el hecho de que “su otorgamiento no pueda ser objeto de una exigencia, sino a lo sumo de una petición por parte de su eventual beneficiario”.<sup>14</sup>

La justificación que se ha ensayado aquí del artículo 9° de la Ley 20.393

<sup>12</sup> SCHUMM, Rodrigo, “Ejecuciones, indultos y derogación: la pena de muerte en Chile (1981-2001)”, Tesis para optar al grado de Magíster en Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile, publicada, 2018, p. 11.

<sup>13</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, *Terror, Pena y Amnistía*, Editorial Flandes Indiano, Santiago, 2010, p. 131.

<sup>14</sup> MAÑALICH, cit. (n. 13), p. 111.

también se puede predicar respecto de los artículos 15 N°6 y 29 inciso segundo, ya que el primero obliga al juez a considerar para la determinación de la pena en concreto la circunstancia de si la persona jurídica condenada presta o no un servicio de utilidad pública, y el segundo autoriza al juez a suspender por un plazo determinado la condena tratándose de empresas del Estado o de empresas que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, independiente de la pena impuesta, a diferencia de la regla general del inciso primero que solo lo permite si es una pena de simple delito en su grado mínimo. En estas dos disposiciones, probablemente por un descuido normativo, no se hace alusión a los casos en que la interrupción resulta perjudicial para el Estado como en el artículo 9º inciso final, lo que podría dar lugar a debates en futuros procesos judiciales.

Para el caso del artículo 15 N°6, se ha sostenido que “si el tribunal considera que hay una probabilidad suficientemente intensa de producción de un resultado negativo para terceros interesados en la empresa —distintos de los accionistas, incluyendo trabajadores, clientes, localidades dependientes del tráfico asociado a una empresa, o por la producción de efectos negativos de mercado—, este debe abstenerse de imponer la decisión perjudicial o bien tomar medidas de prevención ante tales efectos”.<sup>15</sup> En cuanto al artículo 29, es claro que el legislador también toma en cuenta consideraciones *consecuencialistas*, en tanto, su inciso segundo “otorga discrecionalidad al tribunal para, por pura consideración de consecuencias, suspender siempre la pena respecto de empresas de utilidad pública y de empresas estatales”.<sup>16</sup>

Por lo tanto, nuevamente estamos frente a disposiciones que pretenden, siguiendo el *principio de proporcionalidad*, evitar que la imposición de una sanción gravosa a la persona jurídica condenada, o bien la ejecución inmediata de una sentencia condenatoria, puedan resultar excesivamente nocivas en términos sociales.

### *III. LA MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONCEPTO EMPRESAS QUE PRESTAN UN SERVICIO DE UTILIDAD PÚBLICA SEGÚN LA LEY 20.393*

Recordemos que, en su índole formal, las condiciones de formulación y aplicación de una norma de sanción penal responden al estándar definitorio de la identidad de un Estado de Derecho, el cual se corresponde con el *principio*

<sup>15</sup> BASCUÑÁN y WILENMANN, cit. (n. 3), pp. 529-530.

<sup>16</sup> BASCUÑÁN y WILENMANN, cit. (n. 3), p. 725.

*de legalidad.* Por otro lado, algunos criterios de legitimación no formal sino material, vale decir, relativos ahora al contenido de una norma de sanción penal, se centran en estándares como el mencionado principio de proporcionalidad, y también el *principio de culpabilidad*. Además, existen condiciones de naturaleza procedural que afectan el modo en que se desarrolla la persecución penal resultante en una ejecución judicial de condena, las cuales corresponderían al Derecho Procesal Penal. Si bien todas estas variables inciden en la legitimación de una determinada norma de sanción penal, la que aquí interesa dice relación con el principio de proporcionalidad específicamente, el cual, a partir del *Apothekenurteil* en Alemania,<sup>17</sup> se ha consolidado como un “instrumento eficaz, flexible y pragmático para moderar la tensión entre el individuo y el poder público”.<sup>18</sup>

Así pues, lo que subyace al concepto de empresas que prestan un servicio de utilidad pública no es sino el clásico principio de proporcionalidad que funge como estándar material de legitimación de la producción y aplicación de normas de sanción en el derecho penal. A este respecto, si bien es sensato identificar la finalidad de protección de las normas de sanción con referencia a un determinado bien jurídico, ello no zanja por sí solo las implicancias de legitimación sustantiva de dichas normas, sino que es menester también evaluar si esa protección puede o no ser dispensada con determinado efecto retributivo a través de una sanción de naturaleza penal, y el principio de proporcionalidad pretende responder precisamente a ello.

Si bien no tiene consagración constitucional expresa en Chile, el profesor Humberto NOGUEIRA sostiene que este principio se encuentra integrado constitucionalmente en la prohibición general de la arbitrariedad, así como en las garantías establecidas en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos, además del valor justicia inherente al derecho.<sup>19</sup> En tal medida, su rango constitucional se desprendería de los artículos 6, 7, 19 N°2, 19 N°3, 19 N°20 y 19 N°23 de la Constitución. En base a lo anterior, el mismo autor explica que:

“(L)a regulación legal en el sentido de restricción del ejercicio de un derecho debe tener siempre presente como parámetro de control de razonabilidad el principio de proporcionalidad, el cual, en el

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional Federal (Alemania), 11 de junio de 1958, BVerfGE 7, 377.

<sup>18</sup> ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ, José Ignacio; ZÚÑIGA, Francisco, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, 2012, Vol. 10, N° 1, p. 71.

<sup>19</sup> NOGUEIRA, Humberto, “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, en: CARBONELL, M. (Coord.), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Librotecnia, Santiago, 2010, p. 374.

ámbito de los derechos implica una prohibición de intervención del legislador en sentido estricto o de limitaciones que o sean adecuadas o necesarias para la finalidad constitucionalmente consagrada y perseguida por el legislador a través de la regulación que afecte a los derechos esenciales”.<sup>20</sup>

En cuanto a su contenido en materia penal, el principio de proporcionalidad se ha entendido como un “principio de legitimación prospectiva conforme a la racionalidad de los fines, que incluye el examen de la adecuación y necesidad de la pena como medio de control social, y la preponderancia del fin de protección respecto de su naturaleza y cuantía”<sup>21</sup>. En palabras de Ulfrid NEUMANN, se trata de un principio débil porque su aplicación exige una pluralidad de valoraciones que no vienen determinadas por el principio mismo en cuestión, sin embargo “esta debilidad no cuestiona en lo fundamental la potencia argumentativa del principio de proporcionalidad como eficaz limitación del derecho penal”<sup>22</sup>. Sobre esto, el profesor SILVA en el ámbito nacional ha explicado que “[e]ntendido de manera negativa, como método de exclusión de formas de ejercicio del *ius puniendi* que resulten crasa o especialmente desproporcionadas, tendría el potencial de configurar un marco dentro del cual se generen consensos”<sup>23</sup>.

Así concebido, la doctrina especializada ha propuesto el desglose de este principio en tres subcategorías para emplear el principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa, dígase: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Respecto a la relación entre estos subprincipios, ésta se podría calificar como una de naturaleza escalonada. NOGUEIRA sostiene, bajo esa óptica, que cada subprincipio es un nivel que si no se logra satisfacer se hace innecesario seguir analíticamente con los siguientes, por cuanto la inconstitucionalidad estará ya establecida dada la infracción de sólo uno de ellos.<sup>24</sup> Esto es lo que se ha

<sup>20</sup> NOGUEIRA, Humberto, “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”, *Ius et Praxis*, 2005, Vol. 11, N° 2, p. 45.

<sup>21</sup> BASCUÑÁN, Antonio, “Derechos fundamentales y derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2007, N° 9, p. 48.

<sup>22</sup> NEUMANN, Ulfrid, “El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena”, en: ROBLES, R. (Coord.), *Los límites del derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 201-212.

<sup>23</sup> SILVA, Guillermo, “La proporcionalidad de las penas. Un comentario sobre el principio de proporcionalidad en la propuesta de constitución chilena de 2022”, en: AMBOS, K.; GUZMÁN, J. (Dirs.), *Constitución y Derecho penal en Chile*, Ediciones DER, Santiago, 2023, p. 127.

<sup>24</sup> NOGUEIRA, Humberto, “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Libertad de Expresión”, *Estudios Constitucionales*, 2011, Vol. 9, N° 1, p. 123.

denominado doctrinaria y jurisprudencialmente como *test de proporcionalidad*.

Aplicando lo dicho al objeto de estudio de este trabajo, la pena –y específicamente la de extinción de la persona jurídica regulada en la Ley 20.393– es una forma de intervención estatal que requiere una justificación razonable. El principio de proporcionalidad entrega una estructura para este análisis, que, en este caso, se ha explicitado en la consagración de la prestación de un servicio de utilidad pública como una razón que revierte el análisis general favorable a la aplicación de la sanción de extinción de la persona jurídica o incluso de otras penas previstas en el sistema de la Ley 20.393, cuya imposición no es obligatoria para el juez, que pudieran producir efectos igual de severos.

En lo que sigue se entregará una explicación resumida de cada uno de los subprincipios que componen el *test de proporcionalidad*.

### 3.1.- *Idoneidad*

Este subprincipio se ha entendido como una exigencia de consistencia y coherencia de la pena con el fin perseguido.<sup>25</sup> De esta forma, la cuestión de la idoneidad dice relación con la exigencia de racionalidad instrumental entre un determinado medio y el fin que aquel persigue, trasladándose dicha relación al ámbito de la pena y el fin que debiese ser promovido por su regulación. Lo anterior es sin perjuicio de que un análisis de este tipo debe considerar, en cualquier caso, la función expresiva de la pena<sup>26</sup> como un elemento que distingue al derecho penal de otras herramientas regulativas como podrían ser el derecho civil o el derecho administrativo sancionador.

En este nivel es difícil identificar inconvenientes en relación a la aplicación de la sanción de extinción de la persona jurídica u otras previstas por la Ley 20.393 que pudieran resultar especialmente gravosas, como la pérdida de beneficios fiscales, la inhabilitación para contratar con el Estado, incluso si la condenada presta un servicio de utilidad pública, ya que aquellas podrían *a priori* constituir medios aptos para hacer responsables a las empresas por conductas delictivas que se hubieren desplegado bajo su supervisión.

### 3.2.- *Necesidad*

La necesidad pone el foco en las alternativas posibles de las que dispone el legislador con miras a la obtención de un determinado fin, instándole a escoger

<sup>25</sup> NOGUEIRA, cit. (n. 20), p. 45.

<sup>26</sup> Véase FEINBERG, Joel, “The Expressive Function of Punishment”, en: FEINBERG, J., *Doing & Deserving*, Princeton University Press, Princeton, 1970, pp. 95-118.

aquella menos severa. Este subprincipio claramente se refleja en los artículos 9º y 15 N°6 de la Ley 20.393 —así como, por ejemplo, en el establecimiento de excusas legales absolutorias—, ya que “el respeto del principio de necesidad de la pena conlleva que el legislador no sólo prevea mecanismos que permitan prescindir de la pena, sino también otros que permitan sustituirla por otra menos grave o incluso por medidas de otra índole”.<sup>27</sup> Bajo este nivel de análisis nos preguntamos si las personas jurídicas prestadoras de un servicio de utilidad pública, que son responsables por algún hecho punible, pueden legítimamente quedar sometidas a una reacción penal tan gravosa como la extinción, o bien como cualquier otra sanción de naturaleza no obligatoria para el juez cuyos efectos tengan el potencial de alcanzar una magnitud similar a los de aquella, y la respuesta del legislador es negativa, obligando al juez a aplicar una menos severa mediante las disposiciones ya referidas.

### 3.3.- *Proporcionalidad en sentido estricto*

La proporcionalidad en sentido estricto pretende valorar directamente el gravamen que representa para una persona expuesta a la aplicación de una sanción el quedar sometida a la misma, efectuándose una “ponderación racional entre el beneficio para el bien común que se obtiene de la limitación y el perjuicio que sufre el derecho afectado”.<sup>28</sup> Ergo, habrá infracción al principio de proporcionalidad si no existe una adecuada proporción entre los intereses de la colectividad y el menoscabo de los bienes individuales que conlleva la aplicación de una determinada sanción.<sup>29</sup> En tal medida, nace la distinción entre proporcionalidad en sentido cardinal —o absoluto— y proporcionalidad en sentido ordinal —o relativo—. La primera permite fijar los límites máximo y mínimo de todas las formas de sanción penal que van a componer el catálogo de penas de un respectivo modelo legislativo, mientras que la segunda se pregunta por el orden de aquellas formas al interior del referido catálogo de penas bajo una determinada escala de gravedad, buscando que la gravedad relativa que exhibe un hecho punible específico se correlacione con una sanción penal de igual entidad. Esto es lo que hace la Ley 20.393 cuando fija un catálogo de penas en forma de escala, en que aparecen ordenadas desde la que la propia regulación reconoce como más grave hasta la menos severa de las formas de pena que se reconocen.

En este orden de ideas, si bien habrá quienes “no se mostrarán inclinados

<sup>27</sup> AGUADO, Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999, p. 69.

<sup>28</sup> FUENTES, Hernán, “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, *Ius et Praxis*, 2014, N° 2, p. 25.

<sup>29</sup> FUENTES, cit. (n. 28), p. 27.

a utilizar herramientas de análisis de proporcionalidad, basadas en un test de necesidad o de coste-beneficio que requieran incluir elementos ‘externos’ a esa relación (por ejemplo, la utilidad o falta de utilidad de las pernas privativas de libertad para la futura reinserción del condenado)”,<sup>30</sup> ello responde meramente a la adopción de un modelo argumentativo distinto a aquel que sí incluye una lógica prospectiva, como sucede en este caso.

Acerca del fundamento de cada uno de estos subprincipios, siguiendo a Alexy, “[l]os subprincipios de idoneidad y de necesidad se deducen del mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades fácticas. [...] En cambio, el principio de la proporcionalidad en sentido estricto se deduce del mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades jurídicas, sobre todo en relación con los principios que se contraponen”.<sup>31</sup>

Pues bien, cabe apuntar que, en palabras de Alexy, bajo el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que es el nivel en el que cobra sentido analizar los artículos 9°, 15 N°6 y 29 inciso segundo de la Ley 20.393, será indispensable efectuar una ponderación si la satisfacción de uno de los intereses en juego implica necesariamente la insatisfacción de otro. “Para estos casos puede formularse la siguiente ley de la ponderación: cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”.<sup>32</sup> Lo señalado es predictable en la materia objeto de este análisis, ya que, como se ha dicho, la causal de exención de la pena contemplada en el artículo 9°, y las disposiciones de los artículos 15 N°6 y 29 inciso segundo, no se explican por una mera predilección por las empresas, sino que encuentran su justificación en el hecho de que la aplicación de determinadas sanciones puede traer consigo, en los términos de la propia Ley 20.393, graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, o incluso perjuicio para el Estado, las cuales solo pueden evitarse a través de la adopción de cursos de acción que impidan la producción de estas consecuencias, como lo es el establecimiento de consideraciones extrajurídicas para excluir la imposición de una determinada pena —la extinción de la persona jurídica es el ejemplo más patente— o bien volverla excepcional, o bien suspender su ejecución, según cuál sea la norma en cuestión, sin que ello derive necesariamente en la impunidad de la condenada.

<sup>30</sup> SILVA, cit. (n. 23), p. 130.

<sup>31</sup> ALEXY, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Palestra Editores, Lima, 2019, p. 60.

<sup>32</sup> ALEXY, cit. (n. 31), p. 60.

#### *IV. APORTES DESDE EL DERECHO PÚBLICO PARA UNA CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS EMPRESAS QUE PRESTAN UN SERVICIO DE UTILIDAD PÚBLICA CONFORME A LA LEY 20.393*

Contrario a lo que se podría pensar *a priori*, la respuesta a la interrogante planteada al inicio de este trabajo tampoco se encuentra de forma expresa en el derecho constitucional, el derecho administrativo o el derecho regulatorio, en cuanto no existe un cuerpo normativo vinculado a estas materias que entregue una definición clara para el concepto de empresas que prestan un servicio de utilidad pública, pese a que se trata de una categoría cuya relevancia es indudable para tales áreas del derecho.

Ahora bien, en la regulación constitucional es posible encontrar disposiciones que entregan ciertas herramientas para dotar de contenido al concepto de empresas que prestan un servicio de utilidad pública, tales como el artículo 19 N°24 inciso tercero y el 19 N°16 inciso final de la Constitución Política de la República. La primera de estas disposiciones, si bien se refiere al concepto de utilidad pública, no está circunscrito específicamente a los *servicios* de esta categoría, sino que se trata el término en el contexto de los límites al derecho de propiedad, en los siguientes términos: “(...) Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. (...)”.<sup>33</sup> Así, pese a no corresponder de forma exacta con el tema aquí estudiado, esta norma deja de manifiesto que la utilidad pública funge como límite, en varios ámbitos normativos, para el ejercicio de un derecho o de una facultad específica.

Por su parte, el artículo 19 N°16 inciso final de la Constitución Política de la República resulta de mayor interés, en tanto, contiene expresamente el concepto de empresas que prestan un servicio de utilidad pública, al disponer lo siguiente:

Art. 19 N°16.- “(...) No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la

<sup>33</sup> Constitución Política de la República (1980), art. 19 N° 24, inc. 3°.

prohibición que establece este inciso (...)".<sup>34</sup>

Una norma muy similar a la recién citada se encuentra en el artículo 362 del Código del Trabajo, que se introdujo mediante la Ley 20.940, estableciendo también la regulación específica del proceso para determinar cuáles empresas caben dentro de esta prohibición. Este artículo dispone lo siguiente:

Art. 362.- “Determinación de las empresas en las que no se podrá ejercer el derecho a huelga. No podrán declarar la huelga los trabajadores que presten servicios en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

La calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas en este artículo será efectuada cada dos años, dentro del mes de julio, por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo, previa solicitud fundada de parte, la que deberá presentarse hasta el 31 de mayo del año respectivo.

Promovida la solicitud, se pondrá en conocimiento de la contraparte empleadora o trabajadora para que formule las observaciones que estime pertinentes, dentro del plazo de quince días.

Efectuada la calificación de una empresa e incorporada en la resolución conjunta respectiva, sólo por causa sobreviniente y a solicitud de parte, se podrá revisar su permanencia.

La resolución deberá publicarse en el Diario Oficial y podrá ser reclamada ante la Corte de Apelaciones de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 402”.<sup>35</sup>

Como se observa en la transcripción anterior, en principio la disposición constitucional que más puede aportar en la definición del concepto que aquí interesa es la contenida en el artículo 19 N°16 justamente porque se refiere a las razones que el constituyente ha considerado suficientes como para impedir la interrupción o paralización de una empresa, aunque desde el ángulo de derecho del trabajo. Sin embargo, a propósito del artículo 19 N°24, el Tribunal Constitucional igualmente se ha referido a la utilidad pública de ciertos servicios cuya prestación es requerida

<sup>34</sup> Constitución Política de la República (1980), art. 19 N° 16.

<sup>35</sup> Código del Trabajo, art. 362 modificado por Ley N° 20.940, 2016.

por una determinada comunidad, interpretando aquello como una razón suficiente para justificar una determinada restricción al derecho de propiedad y esbozando ciertos ejemplos que pueden resultar esclarecedores para resolver la interrogante objeto de este trabajo. Tal es el caso de la sentencia rol N°3208-2016 INA, en la que el Excelentísimo Tribunal, siguiendo a Gregory MANKIW, argumentó:

“(...) En síntesis, la utilidad pública está referida a la doble condición del fin de uso. Por una parte, es “útil” porque produce un beneficio directo en la población por la extensión de un servicio (travía, ferrocarril, agua, alcantarillado, escuelas, museos, hospitales, postas, cementerio o Registro Civil) o un rendimiento indirecto por el establecimiento de las condiciones para el disfrute de un bien público bajo reglas abiertas e igualitarias (plazas, calles, parques, puertos, aeropuertos, campos deportivos, etc.). Y la utilidad es “pública” por variadas razones. Primero, porque su objeto es permitir, de modo principal o subsidiario, el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos (salud, educación, movilización, vivienda, cultura, adecuadas condiciones de vida y salubridad). Segundo, porque permite incrementar en el largo plazo la capacidad de un país para producir bienes y servicios, determinando la calidad de vida de los ciudadanos (...)”.<sup>36</sup>

Sin perjuicio de aquello, este trabajo se centrará en la regulación de la prohibición del derecho a huelga, construyéndose a continuación un paralelo entre, por un lado, la disposición del artículo 19 N°16 de la Constitución, junto con el 362 del Código del Trabajo, y las normas contenidas en el inciso final del artículo 9°, el artículo 15 N°6 y 29 inciso segundo de la Ley 20.393, por el otro. En ambos casos existe una preocupación del constituyente o el legislador, en su caso, por limitar la afectación a los usuarios de servicios de utilidad pública ante una colisión de intereses que debe resolverse mediante el principio de proporcionalidad. En ese sentido, estas normas no protegen a la empresa cuyos trabajadores pretenden declararse en huelga o a la condenada por la perpetración de ilícitos penales, sino a la comunidad que se beneficia de su operación. En el caso de la huelga es más gráfico: no es que los trabajadores de servicios esenciales tengan menos derechos laborales porque el legislador cede en beneficio de su empleador, sino que, en determinados casos, el legislador prefiere resguardar los derechos de los usuarios de estos servicios, incluso aunque ello implique limitar el derecho a huelga. Y lo mismo puede decirse con respecto a la responsabilidad penal de las personas

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional, 3 de abril de 2018, rol N°3208-2016-INA.

jurídicas, ya que lo que subyace a las disposiciones antes referidas de la Ley 20.393 no es una pretensión por crear un campo de impunidad para las personas jurídicas responsables de la comisión de delitos, sino más bien por resguardar ciertos servicios cuya prestación es trascendental para la sociedad.

El problema, en todo caso, es que habrá supuestos en que dicha calificación será más o menos evidente, como lo son los servicios de electricidad, agua, gas, abastecimiento, transporte, salud y educación. Estos son, a simple vista, los “casos obvios”. Pero existen otros rubros que son grises, a modo de ejemplo: telefonía, internet, seguridad, recolección de basura, empresas de combustible, operadores de autopistas, empresas proveedoras de alimentación escolar, instituciones bancarias, o empresas de correspondencia; a los que se suman varios nombrados en la sentencia antes citada del Tribunal Constitucional, como museos, cementerios, puertos y aeropuertos, entre muchos otros que tocará evaluar caso a caso.

#### *V. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE EL CONCEPTO DE EMPRESAS QUE PRESTAN UN SERVICIO DE UTILIDAD PÚBLICA SEGÚN LA LEY 20.393 Y LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA PROHIBICIÓN DEL DERECHO A HUELGA*

Antes de comenzar con este paralelo, corresponde hacer una breve prevención. La prohibición del derecho a huelga en Chile ha sido objeto de observaciones por organismos internacionales porque en nuestro país ésta contempla una extensión mayor a la recomendada por la Organización Internacional del Trabajo (indistintamente, “OIT”). Según los estándares de la OIT, la prohibición del derecho a huelga debiese aplicar solo respecto de los servicios esenciales, y no a los servicios de utilidad pública —como sucede en Chile—, los cuales exceden dicho concepto.

Frente a este escenario, el año 2019 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), un órgano independiente compuesto por 20 juristas de larga trayectoria provenientes de diversos países que se encargan de examinar la aplicación de los Convenios, Protocolos y Recomendaciones de la OIT por parte de los Estados miembros de la Organización, emitió comentarios dirigidos al Gobierno de Chile a propósito de la Ley 20.940. La organización señaló, entre otras cosas, que bajo los estándares de la OIT la prohibición a la huelga debería limitarse a los servicios esenciales en el sentido estricto del término y, en tal medida, “la noción de utilidad pública y la de daño a la economía son más amplias que la de servicios esenciales”.<sup>37</sup>

<sup>37</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, “Observación (CEACR) -

Además, el artículo 359 del Código del Trabajo regula lo que se conoce como *servicios mínimos*, que se corresponden con aquellos prestados por empresas cuyos trabajadores, si bien pueden declararse en huelga, están obligados a organizarse de modo tal que la compañía continue funcionando con cierto número de empleados y un sistema de turnos tal que le permita brindar un grado de servicios mínimos. La disposición señala en específico:

Art. 359.- “Servicios mínimos y equipos de emergencia. Sin afectar el derecho a huelga en su esencia, durante esta la comisión negociadora sindical estará obligada a proveer el personal destinado a atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios. En esta determinación se deberán considerar los requerimientos vinculados con el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena. (...)"<sup>38</sup>.

En la doctrina se nombran como ejemplos de servicios mínimos, entre otros, “los servicios de transbordadores de islas, puertos, transportes de pasajeros y mercancías, transporte ferroviario, correos, bancos, petróleos, y el instituto monetario nacional.<sup>39</sup> Este concepto de servicios mínimos es el que más parece coincidir con el de servicios de utilidad pública de la Ley 20.393. Abona a esta aseveración el hecho de que la CEACR indicó que los servicios de utilidad pública no deberían sujetarse a la prohibición de huelga, toda vez que “ya estarían cubiertos por el sistema de servicios mínimos establecido en el artículo 359, que es diferente del concepto de servicios esenciales en el sentido estricto del término”.<sup>40</sup>

Lo señalado en los párrafos previos ya permite al juez comprender que “servicios de utilidad pública” legalmente es una noción más amplia que la de “servicios esenciales”. En otras palabras, el universo de los servicios de utilidad pública en nuestro ordenamiento jurídico no se restringe a los “casos obvios”

Adopción: 2019, Publicación: 109<sup>a</sup> reunión CIT (2021)", 2019, disponible en línea: [https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx\\_es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100\\_COMMENT\\_ID%2CP13100\\_COUNTRY\\_ID:4023250%2C102588](https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID%2CP13100_COUNTRY_ID:4023250%2C102588), consultada: 21 de marzo de 2025.

<sup>38</sup> Ley N° 20.940, 2016.

<sup>39</sup> VARAS, Karla, “Huelga y servicios esenciales. Análisis del modelo chileno de prohibición”, *Ius et Praxis*, 2023, Vol. 29, N° 1, p. 29.

<sup>40</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, cit. (n. 37).

previamente mencionados, sino que fácilmente podría comprender un abanico más amplio de supuestos. Y más aún: si bien ya es amplia la noción de empresas que prestan un servicio de utilidad pública del Código del Trabajo —que replica lo indicado en el artículo 19 N°16 de la Constitución— para los estándares internacionales sobre la prohibición de huelga, el concepto de la Ley 20.393 permite abarcar, en principio, todavía más hipótesis, por las siguientes razones:

### *5.1.- Diversos intereses en conflicto*

En sede laboral el principio de proporcionalidad opera de manera distinta a la que rige en sede penal —pese a tratarse del mismo principio—, en atención a los diversos intereses en juego. En efecto, en lo que respecta al ejercicio del derecho a huelga, los intereses que colisionan son, por un lado, los de los trabajadores titulares del mismo, y por el otro, los de los usuarios o consumidores de los servicios esenciales, quienes son, a su vez, titulares de los derechos fundamentales que se verían afectados por una eventual paralización de los trabajadores. Esto es lo que explica que la OIT recomiende a los países adoptar un criterio estricto en lo que respecta a la prohibición de huelga.

En cambio, en sede penal, dicha contraposición de intereses enfrenta a los derechos fundamentales de los usuarios o consumidores de un servicio con la pretensión punitiva del Estado, la cual razonablemente tenderá a verse derrotada frente a los primeros, o al menos podrá ceder con mayor frecuencia que los derechos de los trabajadores. Lo que subyace a este análisis es la pregunta por “la legitimidad de la severidad de la sanción penal, relativa a su forma y/o magnitud”.<sup>41</sup>

Incluso, se podría afirmar que aquí prácticamente existe un conflicto entre dos intereses del Estado, toda vez que, como se dijo, recae sobre esta entidad el deber de garantizar una organización tal que permita a la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y, para ello, debe procurar que los servicios de utilidad pública no sufran interrupciones gravosas, así como también es el Estado el que detenta en forma exclusiva la facultad de perseguir la responsabilidad de quienes incurren en conductas delictivas para la reafirmación de la vigencia del derecho.

Afirmar que tanto en el caso del derecho laboral como en el del derecho penal nos encontramos frente a un conflicto de intereses y que el principio que entrega herramientas para resolverlo es el de proporcionalidad obliga a reconocer que el punto de equilibrio puede ser distinto en uno y otro caso.

<sup>41</sup> SILVA, cit. (n. 23), p. 129.

### 5.2.- Razones de texto

A partir de la simple lectura de los artículos 9°, 15 N°6 y 29 inciso segundo de la Ley 20.393, frente al artículo 362 del Código del Trabajo, destaca que las hipótesis prohibitivas consideradas por la regulación del derecho a huelga son claramente taxativas, a diferencia de lo que ocurre con las normas que regulan el sistema de determinación de las penas para las personas jurídicas. Así, normativamente el concepto de servicios de utilidad pública contemplado en el artículo 362 del Código del Trabajo es más restrictivo que el de la Ley 20.393, en cuanto el primero se refiere a los “servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional”. Vale decir, se contemplan cuatro áreas específicas de afectación respecto de las cuales el legislador prohíbe el ejercicio del derecho a huelga. En contraste, los artículos 9° y 29 inciso segundo de la Ley 20.393 aluden a los “servicio de utilidad pública cuya interrupción pueda causar graves *consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad*”—con la salvedad de que la primera disposición también incluye el supuesto del resultado perjudicial para el Estado—, y el 15 N°6 a las “*consecuencias sociales y económicas que pueda causar a la comunidad* la imposición de la pena cuando se trate de empresas que presten un servicio de utilidad pública”, sin restringir el término a campos determinados. Por lo anterior, solo del tenor literal de una norma y las otras, se desprende que la contenida en el artículo 9° de la Ley 20.393 es más amplia.

### 5.3.- Razones operativas

En términos operativos, existe otra diferencia entre uno y otro concepto: en sede de prohibición de la huelga se tiene que calificar necesariamente *ex ante* si un servicio cabe dentro de la categoría de utilidad pública o no, según el artículo 362 del Código del Trabajo. Conforme a esta disposición, la calificación la efectúa la Administración cada dos años, dentro del mes de julio, por resolución conjunta de los ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo, previa solicitud fundada de la parte interesada. Esto se explica porque no tendría sentido que los trabajadores no supieran de antemano si es que pueden declararse en huelga o si, al contrario, están sujetos a la prohibición legal.

En sede penal no ocurre lo mismo, ya que no es necesario que se efectúe de antemano esta calificación. El ejercicio de determinación de la pena en concreto es siempre *ex post*. De lo contrario, la causal de exención de la pena del artículo 9° de la Ley 20.393, la regla de determinación judicial de la pena del 15 N°6, y la suspensión de la condena del 29 inciso segundo aquí comentados hasta podrían operar como incentivos perversos para la comisión de delitos por parte de las empresas. Además, tal como se desprende del artículo 362 del Código del Trabajo, la determinación del catálogo de empresas cuya huelga está prohibida se hace a

partir de una solicitud de parte, y no resulta coherente sistemáticamente que una persona jurídica solicite la exclusión de una sanción penal a su respecto de forma anticipada, salvo que se haya creado con el fin de cometer ilícitos.

## *VI. ¿CÓMO PODEMOS CALIFICAR A UNA PERSONA JURÍDICA COMO PRESTADORA DE SERVICIOS DE UTILIDAD PÚBLICA?*

Dentro del marco teórico expuesto, se propondrán determinados lineamientos básicos para la construcción de un concepto de empresas que prestan un servicio de utilidad pública desde un principio trascendental en el derecho penal que es el principio de proporcionalidad.

A partir de este principio es posible identificar determinadas cualidades de un servicio que podrían fungir como indicadores para discriminar si se trata de uno de utilidad pública o no, los cuales se desarrollan a continuación:

### *1.- Universalidad del servicio o indeterminación de los beneficiarios*

Esta cualidad también se ha denominado *principio de generalidad* y dice relación con “la accesibilidad general a actividades prestacionales de bienes y servicios que por su carácter vital o básico han de ofrecerse al conjunto de las personas, quienes deben recibir el servicio en condiciones de accesibilidad general sin perjuicio que por ello se pague una tarifa”.<sup>42</sup> Esto no implica que la empresa condenada tenga que ser la única que le presta un determinado servicio a la totalidad de la comunidad, sino que la exigencia consiste en que el servicio que la empresa ofrece sea uno al que, por regla generalísima, acceden o por lo menos se pretende que accedan todos los ciudadanos.

La aclaración anterior da cuenta de que esta característica podría conducir equivocadamente a confundir los servicios de utilidad pública con los monopolios naturales. Ese no es el espíritu de la ley ni tampoco se desprende de su tenor literal. Muestra de ello es, por ejemplo, que el legislador no exige que se trate de una empresa irremplazable. En tal medida, la paralización o interrupción a la que se refieren los artículos 9°, 15 N°6 y 29 inciso segundo de la Ley 20.393 puede ser perfectamente temporal, como sería el caso de una empresa que, por ejemplo, luego de participar en una licitación, resultó adjudicada para prestar servicios de recolección de basura a un determinado municipio. En un caso como el anterior, si la empresa es posteriormente disuelta, o bien quiebra producto de la dictación de

<sup>42</sup> ROJAS, Christian, “La categoría jurídica de los ‘servicios privados de interés público’. El caso de las juntas de vigilancia de ríos”, *Revista Chilena de Derecho*, 2014, Vol. 41, N° 1, p. 182.

una condena penal, el municipio respectivo tendría que iniciar un nuevo proceso de licitación desde cero, el cual puede tardar meses solo en iniciar, a los que se suma el tiempo que toman las etapas de postulación, evaluación y selección, antes de que se pueda poner en marcha el servicio nuevamente, todo esto sin perjuicio de los costos asociados al proceso. Ello ya es un tiempo de paralización suficiente como para producir severas consecuencias en la comunidad, volviéndose entonces operativa la disposición en un caso como el reseñado.

Lo dicho en el párrafo anterior se explica porque, en el pasado, este tipo de servicios usualmente estaban organizados como monopolios naturales de propiedad estatal. Con el correr del tiempo, no obstante, tanto en las naciones desarrolladas como en aquellas en vías de desarrollo se han implementado diversas reformas orientadas a la privatización, desregulación e incentivos a la competencia en estos servicios.<sup>43</sup> Por lo anterior, la interpretación que se emplee respecto de la regulación penal debe reconocer esta evolución y, en tal sentido, considerar que los servicios de utilidad pública perfectamente pueden ofrecerse en un marco de competencia dentro del mercado, y así será en la mayoría de los casos.

## *2.- Igualdad de trato en la prestación del servicio*

Se refiere a aquellos servicios en que el prestador está obligado a “tratar de la misma manera a las personas que se encuentren en una misma situación de hecho o de Derecho”.<sup>44</sup> En otras palabras, el servicio, al menos teóricamente, se debe prestar en condiciones paritarias a todos aquellos a los que va dirigido precisamente debido a su relevancia en la vida de todas las personas.

## *3.- Continuidad de la prestación del servicio*

Esta característica consiste en que una determinada actividad “se ponga a disposición de los ciudadanos —considerados usuarios— de forma permanente o regular para que pueda satisfacer aquellas necesidades que le puedan surgir”<sup>45</sup>. Esto quiere decir que cualquier interrupción del servicio debe ser remediada velozmente, incluso con apoyo estatal. Corresponde advertir, en cualquier caso,

<sup>43</sup> MELLER, Patricio, “Regulación y competencia en los Servicios de Utilidad Pública. Una introducción general”, *Revista Perspectivas (Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile)*, 2002, Vol. 6, N° 1, p. 3.

<sup>44</sup> ZEGARRA, Diego, “Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del service public en el sistema jurídico”, *Revista de Derecho Administrativo Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2012, N° 12, p. 24.

<sup>45</sup> ZEGARRA, cit. (n. 44), p. 24.

que el principio de continuidad no puede tener el mismo contenido para todos los servicios. Existe una suerte de escala de la continuidad, según la naturaleza del servicio y de las prestaciones que estos últimos ofrecen a los ciudadanos,<sup>46</sup> sin embargo, como se viene diciendo, esta tendencia a la permanencia igualmente es una señal clara de la vitalidad de un determinado servicio desde el punto de vista de la sociedad, por lo que es un indicador relevante para determinar si puede considerarse de utilidad pública.

#### *4.- Intervención administrativa o control público del servicio*

Este criterio cobra sentido, en tanto, los servicios de utilidad pública suelen coincidir con aquellas actividades que, si bien son desarrolladas por entidades privadas, se encuentran intervenidas fuertemente por la Administración, ya que “por su elevada repercusión sobre la vida colectiva se deben someter a una ordenación detallada”.<sup>47</sup> Esta regulación normalmente va encaminada a la satisfacción de las características antes mencionadas, dígase: a mejorar el alcance de un determinado servicio para asegurar que la mayor cantidad de personas accedan al mismo; corregir asimetrías o discriminaciones que pudiesen darse en su ofrecimiento; o bien, impedir su paralización.

Los indicadores aquí enunciados permitirán al juez, caso a caso, determinar fuera de los “casos obvios” si una empresa determinada presta servicios de utilidad pública o no, y consecuentemente, si se puede aplicar a su respecto la pena de extinción de la persona jurídica.

Todos estos criterios derivan directa o indirectamente del principio de proporcionalidad en que se fundan los artículos 9°, 15 N°6 y 29 inciso segundo de la Ley 20.393, en la medida que resulta fácilmente reconocible el daño a la comunidad que podría derivar de una paralización —incluso temporal— de un servicio que está destinado a la generalidad de la población, se presta en igualdad de condiciones, de manera continua y bajo elevada intervención estatal.

### *VII. COMENTARIOS FINALES Y CONCLUSIONES*

Sin perjuicio de todo lo expuesto en este trabajo, queda pendiente todavía responder a una interrogante crucial, y es si es que es posible excluir la aplicación de otras penas de la Ley 20.393 respecto de empresas que prestan servicios de utilidad pública, por la vía de analogía, si estas pudieran producir el mismo efecto

<sup>46</sup> PONTIER, Jean-Marie, *Les service publics*, Editorial Hachette, Paris, 1996, p. 76.

<sup>47</sup> ROJAS, cit. (n. 42), p. 189.

perjudicial para la sociedad que la extinción de la persona jurídica condenada. Tal podría ser el caso, por ejemplo, de la imposición de multas muy altas; la prohibición de celebrar contratos con el Estado en el caso de una empresa que sólo puede subsistir prestándole servicios al Estado; o incluso de la pérdida de beneficios fiscales y la prohibición de recibirlos, si es que se extiende por muchos años. Todas estas sanciones pueden terminar igualmente en el término de la persona jurídica en la práctica si es que, cumpliéndola, la condenada no es capaz de afrontar la respectiva sanción, viéndose impedida consecuencialmente de continuar con su operación y afectando así a sus usuarios o consumidores. Ante esto, cabe preguntarse si tiene sentido que el legislador solo excluyera expresamente a este tipo de empresas de la sanción de extinción de la persona jurídica y no de las otras, en aquellos casos en que pudieran derivar en un mismo resultado catastrófico, resultando aplicable a estos casos las consideraciones expuestas solo a modo de regla de determinación judicial de la pena, en los términos del artículo 15 N°6 de la Ley 20.393. En cualquier caso, al enfrentarse a un escenario como éste el juzgador podrá recurrir a los principios generales del derecho penal y, especialmente, a la analogía *in bonam partem*, para resolver este dilema.

De igual modo, a medida que la causal de exención de la pena de extinción de la persona jurídica contemplada en el artículo 9° de la Ley 20.393 se aplique por los tribunales de justicia, se volverá necesario resolver si es razonable que una empresa condenada, en caso de no ser disuelta por esta consideración, siga acumulando utilidades con posterioridad a la imposición de la correspondiente sanción de reemplazo que se hubiere decidido por el juez. Tomándose el principio de proporcionalidad en serio, aquí podría caber una expropiación o el nombramiento de un interventor por parte del Estado para evitar que ello suceda, pero eso es un asunto de *lege lata* que podría desarrollarse en otra investigación.

Más allá de las interrogantes planteadas en los párrafos anteriores, a partir de lo expuesto en este trabajo es posible colegir:

(i) A medida que se amplía la aplicabilidad de la sanción de extinción de una persona jurídica, se torna fundamental entender aquellos casos en que el ordenamiento jurídico penal exime a la persona condenada de tal pena, como en el caso de la norma contenida el artículo 9° de la Ley 20.393. Lo mismo cabe decir acerca de los artículos 15 N°6 y 29 inciso segundo que regulan una regla de determinación judicial de la pena y una suspensión de la condena respectivamente. Por ello, la proposición de herramientas que permitan al juzgador definir el alcance del concepto de empresas que prestan un servicio de utilidad pública, proyecto al cual este trabajo pretende aportar, se ha vuelto crucial.

(ii) El artículo 9° de la Ley 20.393 en particular puede entenderse como una causa de exención o exclusión de pena por razones de política criminal que opera específicamente sobre la sanción más gravosa contemplada en esta ley, es decir,

la extinción de la persona jurídica. En este trabajo se exploraron otras categorías normativas que se le parecen, descartándose cada una de ellas por diferentes motivos. Si se tuviese que comparar el funcionamiento de esta norma con alguna otra institución jurídica, la que más se le parece es el indulto, entendiéndose éste como un perdón del Poder Ejecutivo que exime a un condenado de la sanción a la que fue sentenciado, ya sea por medio de la conmutación total o de la rebaja de su pena.

(iii) La justificación de los artículos 9°, 15 N°6 y 29 inciso segundo de la Ley 20.393 radica en el hecho de que la aplicación de ciertas sanciones, pero especialmente la de extinción de la persona jurídica, arriesga traer consigo, en los términos de estas disposiciones, graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, o incluso perjuicio para el Estado –siendo esta última hipótesis incorporada mediante la Ley 21.595–. Estos posibles efectos nocivos son los que ameritan la adopción de medidas para impedir su producción, sin que ello provoque la impunidad de la persona jurídica condenada.

(iv) No existe entre las normas de derecho público una definición clara de las empresas que prestan un servicio de utilidad pública, sin embargo, el artículo 19 N°16 de la Constitución Política de la República recurre a este concepto al regular los límites del ejercicio del derecho a huelga por los trabajadores, norma que es replicada en el Código del Trabajo. Si bien en sede laboral se ha considerado amplio el término de servicios de utilidad pública adoptado por el legislador para los estándares internacionales sobre la prohibición de huelga, el concepto que incorporó la Ley 20.393 permite abarcar, en principio, todavía más hipótesis, por los diversos intereses en conflicto en una y otra sede; por razones de literalidad de las normas y también por motivos relacionados a la operatividad de una y otra disposición.

(v) Finalmente, en este trabajo se proponen ciertos indicadores con la potencialidad de fungir como herramientas para que el juzgador evalúe caso a caso si una empresa condenada presta servicios de utilidad pública y, en tal medida, pueda determinar si la exime de la sanción de extinción u otra con efectos similares. Entre estos criterios figuran la universalidad del servicio, la igualdad y la continuidad en la prestación de mismo, así como también el grado de intervención administrativa, todos los cuales derivan del propio fundamento de los artículos 9°, 15 N°6 y 29 inciso segundo de la Ley 20.393, a saber, el principio de proporcionalidad penal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### a) Doctrina

- AGUADO, Teresa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999.
- ALEXY, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Palestra Editores, Lima, 2019.
- ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ, José Ignacio; ZÚÑIGA, Francisco, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, 2012, Vol. 10, N° 1, pp. 65-116.
- BASCUÑÁN, Antonio, “Derechos fundamentales y derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2008, N° 9, pp. 47-74.
- BASCUÑÁN, Antonio; WILENMANN, Javier, *Derecho Penal Económico chileno*, Tomo I, Ediciones DER, Santiago, 2023.
- BASCUÑÁN, Antonio; WILENMANN, Javier, *Derecho Penal Económico chileno*, Tomo II, Ediciones DER, Santiago, 2024.
- BUSTOS, Juan, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Ara Editores, Lima, 2004.
- FEINBERG, Joel, “The Expressive Function of Punishment”, en FEINBERG, J., *Doing & Deserving*, Princeton University Press, Princeton, 1970.
- FUENTES, Hernán, “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, *Ius et Praxis*, 2014, N° 2, pp. 15-42.
- GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 2° ed.
- MAÑALICH, Juan Pablo, *Terror, Pena y Amnistía*, Editorial Flandes Indiano, Santiago, 2010.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de antijuridicidad en el derecho penal chileno”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2011, Vol. 24, N° 1, pp. 87-115.
- MELLER, Patricio. “Regulación y competencia en los Servicios de Utilidad Pública. Una introducción general”, *Revista Perspectivas (Ingeniería Industrial U. de Chile)*, 2002, Vol. 6, N° 1, pp. 3-10.
- NEUMANN, Ulfrid, “El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena”, en: ROBLES, R. (Coord.), *Los límites del derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 201-212.
- NOGUEIRA, Humberto, “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”. *Ius et Praxis*, 2005, Vol. 11, N° 2, pp. 15-64.
- NOGUEIRA, Humberto, “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, en: CARBONELL, M. (Coord.), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Librotecnia, Santiago, 2010, pp. 353-403.
- NOGUEIRA, Humberto, “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Libertad de Expresión”, *Estudios Constitucionales*, 2011, Vol. 9, N° 1, pp. 119-156.

- PEÑA, Marisol y ROSALES Cecilia, “El interés público en el constitucionalismo postmoderno”, *Revista de Derecho P. Universidad Católica de Valparaíso*, 2001, N° 22. pp. 483-502.
- PONTIER, Jean-Marie, *Les service publics*, Editorial Hachette, Paris, 1996.
- ROJAS, Christian, “La categoría jurídica de los “servicios privados de interés público”. El caso de las juntas de vigilancia de ríos”, *Revista Chilena de Derecho*, 2014, Vol. 41, N° 1, pp. 171-204.
- SCHUMM, Rodrigo. “Ejecuciones, indultos y derogación: la pena de muerte en Chile (1981-2001)”. Tesis para optar al grado de Magíster en Historia, P. Universidad Católica de Chile, Santiago, publicada, 2018.
- SILVA, Guillermo, “La proporcionalidad de las penas. Un comentario sobre el principio de proporcionalidad en la propuesta de constitución chilena de 2022”, en: AMBOS, K.; GUZMÁN, J. (Dirs.), *Constitución y Derecho penal Chile*, Ediciones DER, Santiago, 2023.
- VARAS, Karla, “Huelga y servicios esenciales. Análisis del modelo chileno de prohibición”, *Ius et Praxis*, 2023, Vol. 29, N° 1.
- ZEGARRA, Diego, “Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del service public en el sistema jurídico”, *Revista de Derecho Administrativo Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2012, N° 12, pp. 13-43.

b) Legislación

Constitución Política de la República de Chile (1980), Decreto N° 100 de 2005.

Ley N° 20.393, Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica, 2009.

Ley N° 20.940, Moderniza el sistema de relaciones laborales, 2016.

Ley N° 21.121, Modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción, 2018.

Ley N° 21.595, Ley de Delitos Económicos, 2023.

c) Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (Chile), 3 de abril de 2018, Rol N°3208-2016-INA.

Tribunal Constitucional Federal (Alemania), 11 de junio de 1958, BVerfGE 7, 377.



El contenido de la *Revista de Derecho Universidad de Concepción* se publica bajo la licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional, y puede usarse gratuitamente, dando los créditos a los autores y a la revista, conforme a esta licencia.