

OFICIO FN N° 472 / 2020

ANT.: Oficio FN N° 699/2014.

MAT.: Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de corrupción.

SANTIAGO, 29 de julio de 2020

DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS, ASESORES JURÍDICOS Y ABOGADOS ASISTENTES DE FISCAL DE TODO EL PAÍS

La facultad del Fiscal Nacional de dictar criterios de actuación para el cumplimiento de las funciones que la Constitución Política de la República y las leyes encomiendan al Ministerio Público, conforme al art. 17 letra a) de la Ley N° 19.640, constituye una necesidad fundamental para el correcto, efectivo, coherente y coordinado desempeño de la función de persecución penal pública y contribuye, asimismo, a la indispensable unidad de acción al interior de la institución.

En aras, precisamente, del óptimo cumplimiento de nuestras funciones, resulta indispensable que dichos criterios, en lo que respecta a la especialidad anticorrupción, se encuentren correcta y oportunamente actualizados conforme a la realidad vigente, con el objeto de recoger las modificaciones legislativas, especialmente las introducidas por la Ley N° 21.121, las tendencias jurisprudenciales, el resultado de las evaluaciones realizadas por organismos internacionales y el contexto social, entre otros factores que justifican la revisión y actualización de las Instrucciones Generales vigentes a la fecha.

Conforme a ello y, propendiendo al efectivo cumplimiento de las instrucciones generales, se imparten los criterios de actuación en delitos de corrupción que a continuación se expresan, de modo que en este texto único se contiene la **Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de corrupción**, quedando sin efecto la anterior, contenida en Oficio citado en el ANT.

Se insta, finalmente, al íntegro y cabal cumplimiento de la presente Instrucción General, recordando que constituye normativa interna del Ministerio Público, con miras a realizar una función pública de calidad y excelencia por parte de nuestra institución.

I. ASPECTOS PENALES RELATIVOS A DELITOS DE LA ESPECIALIDAD

1. Delitos de competencia de la especialidad.

Se consideran delitos de competencia de la especialidad y, por lo tanto, les resultan aplicables los criterios de actuación contenidos en esta instrucción, -salvo las excepciones que, en cada caso se indicarán- los ilícitos que se especifican a continuación:

1.1. Delitos contemplados en el Código Penal:

- 1) Falsificación de instrumentos públicos (artículos 193 y 194) y uso malicioso de instrumento público falso (artículo 196).
- 2) Falsificación de pasaporte o porte de armas (artículo 199).
- 3) Falsificación de certificados (artículos 202, 203, 204 y 205).
- 4) Las falsedades vertidas en el proceso y perjurio (artículos 206, 207, 210 y 212).
- 5) Nombramientos ilegales (artículo 220).
- 6) Prevaricación judicial (artículos 223, 224, 225, 226 y 227).
- 7) Prevaricación administrativa (artículos 228, 229 y 230).
- 8) Malversación de caudales públicos (artículos 233 a 238).
- 9) Fraude al Fisco (artículo 239).
- 10) Negociaciones incompatibles cometidas por empleados públicos, árbitros o peritos (artículo 240 N° 1, 2, 4 e incisos penúltimo y final).
- 11) Tráfico de influencias (artículo 240 bis).
- 12) Exacciones ilegales (artículos 157 y 241).
- 13) Enriquecimiento ilícito (artículo 241 bis).
- 14) Infidelidad en la custodia de documentos (artículo 242, 243 y 244).
- 15) Violación de secretos (artículos 246 y 247).
- 16) Uso de información privilegiada (artículo 247 bis).
- 17) Cohecho (artículos 248, 248 bis y 249)
- 18) Soborno o cohecho activo (artículo 250)
- 19) Cohecho a un funcionario público extranjero (artículo 251 bis)
- 20) Obstrucción a la investigación (artículo 269 bis)
- 21) Obstrucción a la investigación cometida por Fiscales o Abogados Asistentes actuando como fiscales (artículo 269 ter)
- 22) Corrupción entre particulares (artículos 287 bis y 287 ter).
- 23) Estafa al Fisco o fraude de subvenciones (artículo 470 N° 8)

1.2. Delitos contemplados en otros códigos o leyes especiales:

- 1) Infracciones a Ley N° 20.393 en relación a los delitos de cohecho activo a funcionarios públicos nacionales y extranjeros, negociaciones incompatibles del artículo 240 N° 1, 2, 4 e incisos penúltimo y final del Código Penal, y corrupción entre particulares.
- 2) Delitos electorales contemplados en la Ley N°18.700 y en la Ley N°19.884.
- 3) Otros delitos contemplados en otros códigos o leyes especiales, en que el sujeto activo sea funcionario público, actuando en el ejercicio de sus funciones, en los que se afecten aspectos personales o patrimoniales de la administración pública o de justicia.

Las dudas que se presenten respecto de la inclusión de un delito en la especialidad, serán solucionadas por la Unidad Especializada Anticorrupción de la Fiscalía Nacional.

2. Concepto de Funcionario Público.

Para efectos penales y, especialmente en relación al sujeto activo de los delitos de la especialidad, el concepto recogido por nuestra legislación penal en el artículo 260 del Código Penal comprende a quienes desempeñan un cargo o una función pública, cualquiera sea el carácter del órgano para el que ejerzan estas funciones, o la naturaleza jurídica del vínculo que los une al correspondiente servicio.

Por consiguiente, comprende tanto a quienes se desempeñen en los órganos del Estado, descritos y regulados por la Constitución Política de la República, como a aquéllos a que se refiere el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado –cuyo texto actualizado fue fijado por el DL N° 1/19.653, de 13 de Diciembre de 2001– y también a quienes se encuentren regulados por estatutos especiales, incluyendo a quienes se desempeñen como gerentes, directores, administradores y funcionarios de empresas públicas creadas por ley (estén dotadas o no de estatuto jurídico propio, y aunque se rijan por la ley común aplicable a los particulares) y en corporaciones municipales, siempre que no exista una norma expresa que los excluya de esta denominación, o existan normas especiales de responsabilidad, ello independiente de que se encuentren vinculados por un decreto, una resolución, contrato de trabajo o contrato a honorarios, e incluso cuando se trata de funciones prestadas ad-honorem.

Atendido el desarrollo conceptual de que ha sido objeto el concepto del artículo 260 del Código Penal, se instruye instar por su aplicación siempre que el tipo penal exija la calidad de funcionario público, aunque se encuentre fuera del Título V o del párrafo 4° del Título III, ambos del Libro II del Código Penal, amparados en la corriente doctrinaria que insta por un alcance amplio de la disposición legal.

3. Prescripción de la acción penal.

De acuerdo con el artículo 96 del Código Penal, la prescripción de la acción penal se suspende desde que el procedimiento se dirige en contra del delincuente. Respecto a los actos jurídicos procesales que producen este efecto, nos remitimos a lo indicado al respecto en la vigente instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal.

Atendido el hecho de que este tipo de delitos son generalmente denunciados en forma tardía, y que las investigaciones pueden prolongarse por un largo tiempo, **se instruye a los fiscales adoptar las medidas procesales pertinentes con la debida anticipación, a fin de poder suspender el plazo de prescripción o la prescripción gradual de la acción penal.**

En todo caso, se deberá considerar la modificación introducida por la Ley N° 21.121, que incorporó al Código Penal el artículo 260 bis, en el que se establece una forma especial de contabilizar el inicio del plazo de prescripción en los delitos contemplados en los párrafos 5, 6, 7, 9 y 9 bis del título V del Libro II del Código

Penal¹, en cuyas investigaciones *“el plazo de prescripción empezará a correr desde que el empleado público que intervino en ellos cesare en su cargo o función”*. Esta reforma tuvo presente que el funcionario investigado podría entorpecer o dificultar la investigación desde la posición funcionaria que ejerce, razón por la cual la prescripción sólo se iniciará después que deje la función o cargo público.

Adicionalmente se establece que si *“el empleado, dentro de los seis meses que siguen al cese de su cargo o función, asumiere uno nuevo con facultades de dirección, supervigilancia o control respecto del anterior, el plazo de prescripción empezará a correr desde que cesare éste último”*.

En esta última hipótesis, el legislador analizó un posible ascenso o la asunción de un cargo superior de parte del empleado público investigado y, con ello, se estima que no cesarían las dificultades o trabas que pudiere tener la investigación, sino que, por el contrario, podría aumentarlas. Por ello, el plazo de la prescripción sólo empezará a correr desde que cese el ejercicio de este nuevo cargo.

4. Investigaciones por el delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros.

El delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros se encuentra contemplado en nuestro Ordenamiento Jurídico en el Párrafo 9° bis del Título V del Libro II del Código Penal, castigando el hecho punible en el artículo 251 bis, y definiendo al funcionario público extranjero, para efectos penales, en el artículo 251 ter.

La tipificación de este delito en Chile se relaciona directamente con el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, al firmar la *“Convención contra el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”*, de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), promulgada mediante Decreto Supremo N° 496 de 10 de Octubre de 2001, y publicada en el Diario Oficial de 30 de Enero de 2002; la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, promulgada por Decreto N° 375 de 23 de Noviembre de 2006 y publicada en el Diario Oficial de 30 de Enero de 2007; y la Convención Interamericana contra la Corrupción, promulgada por Decreto N° 1.879 de 29 de Octubre de 1998 y publicada en el Diario Oficial de 02 de Febrero de 1999.

Considerando que se busca castigar el cohecho a un funcionario público *“extranjero”*, es evidente que su comisión puede ocurrir fuera del territorio nacional, por lo que el legislador, reconociendo esa realidad, dispuso incorporar este delito entre los casos de jurisdicción extraterritorial señalados en el artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales. Esta conexión internacional, que evidentemente hará imprescindible la utilización de mecanismos formales de cooperación internacional, no altera el hecho de que tanto los elementos del delito, como especialmente la definición autónoma de funcionario público extranjero deba ser aplicada por los fiscales de acuerdo a la normativa chilena, específicamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 251 ter del Código Penal.

Por otra parte, considerando que el bien jurídico protegido por este delito de naturaleza transnacional, es el *“normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales”*, nos encontramos frente a investigaciones que revisten el carácter de alta complejidad y de particular importancia para este Fiscal Nacional, por lo

¹ En dichos párrafos se contemplan los delitos de malversación de caudales públicos, cohecho, soborno, fraude al Fisco, negociaciones incompatibles, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y cohecho a funcionario público extranjero.

que resultan aplicables en la materia todos los criterios de actuación que se imparten en esta instrucción de carácter general.

En este contexto, se instruye que todas las investigaciones que se generen por este tipo penal, descrito y sancionado en el artículo 251 bis del Código Penal, sean asumidas directamente por el Fiscal Regional que corresponda, conforme lo dispuesto en el artículo 27 inciso 1° de la Ley N° 19.640, de modo que, por sí mismo(a) sea quien dirija la investigación, ejerza la acción penal pública, en su caso, y brinde protección a víctimas y testigos, si fuera necesario, apoyado por el o los fiscales adjuntos que designe. Por lo anterior, se instruye a los fiscales adjuntos que tengan a su cargo una investigación por este delito, remitirla directamente a su respectivo superior jerárquico.

Para efectos de definir cuál es la Fiscalía Regional competente para conocer este delito se estará al domicilio del sujeto activo, sea éste una persona natural o jurídica. Ello, sin perjuicio de las facultades que a este Fiscal Nacional corresponden, en virtud de los artículos 17 letra f), 18 y 19 de la Ley N° 19.640.

Los requerimientos internacionales que sea necesario realizar, se deberán coordinar con la Unidad Especializada Anticorrupción y la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones (UCIEX) de la Fiscalía Nacional, atendiendo a lo establecido en el Oficio FN N° 658-2014, de 05 de septiembre de 2014, que imparte criterios generales de actuación del Ministerio Público en actuaciones y diligencias de carácter Internacional, o al que lo reemplace.

Finalmente, **se instruye a los fiscales a cargo de estas causas que deberán considerar, especialmente, lo dispuesto en el artículo 5° de la citada Convención de la OCDE, en cuanto a que la investigación de estos delitos no puede estar influida por consideraciones de “interés nacional económico, por el efecto potencial sobre sus relaciones con otro Estado o por la identidad de las personas naturales o jurídicas involucradas”.**

5. Normas especiales aplicables a determinados delitos de corrupción.

La Ley N° 21.121 modificó diversas normas del Código Penal y otros cuerpos legales, con la finalidad de mejorar las herramientas en la lucha contra la corrupción, estableciendo diversas normas especiales aplicables a las figuras penales que en cada caso se indicarán.

5.1. Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en los delitos contemplados en los párrafos 5°, 6°, 9° y 9° bis del Título V del Libro II del Código Penal.

El legislador estableció dos nuevas circunstancias de responsabilidad penal, una agravante especial y una atenuante de cooperación eficaz, las cuales son aplicables solamente a los autores y partícipes en los delitos contemplados en los siguientes párrafos del Título V del Libro II del Código Penal:

- Párrafo 5°, de la malversación de caudales públicos.
- Párrafo 6°, de los fraudes y exacciones ilegales.
- Párrafo 9, del cohecho.
- Párrafo 9 bis, del cohecho a funcionarios públicos extranjeros.

5.1.1. Agravante especial.

El artículo 260 ter del Código Penal establece como circunstancia agravante especial de responsabilidad de los autores y partícipes en los delitos antes mencionados, el hecho de que los responsables hayan actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyeren una asociación ilícita.

Esta norma permitirá castigar de forma más estricta a las organizaciones de funcionarios públicos que llevan a cabo actos de corrupción, respecto de quienes no sea posible configurar el delito de asociación ilícita contemplado en el artículo 292 del Código Penal, por lo que deberá tenerse presente para la discusión de medidas cautelares o en la preparación de la acusación, o para la adopción de decisiones del procedimiento aplicable.

5.1.2. Atenuante de Cooperación Eficaz.

Respecto de los mismos delitos referidos anteriormente, el legislador estimó necesario incorporar un incentivo a su detección por medio de la incorporación en el artículo 260 quáter de una atenuante de cooperación eficaz.

La ley define la cooperación eficaz como el suministro de datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan necesariamente a los siguientes fines:

- Esclarecer los hechos investigados o identificar a sus responsables.
- Prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos contemplados en los Párrafos 5°, 6°, 9° y 9° bis del Título V del Libro II del Código Penal.
- Facilitar el comiso de los bienes, instrumentos, efectos o productos del delito.

La norma establece que el Ministerio Público deberá explicitar la concurrencia de esta atenuante, al momento de formalizar la investigación, o bien, al momento de interponer el escrito de acusación. Por ello, **se instruye a los fiscales que si un Tribunal la reconoce en la sentencia definitiva sin que se haya invocado por el respectivo fiscal, deberá evaluarse la interposición de un recurso de nulidad por infracción de ley con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.**

Respecto a la forma en que la reducción de pena (de hasta dos grados) se realiza, la ley indica que se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurren, o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales. De esta forma, los efectos de la cooperación eficaz se disocian de aquellos que produce la aplicación de atenuantes y agravantes conforme lo dispuesto en los artículos 67 y siguientes del Código Penal, lo que permite realizar una reducción mayor de penalidad.

En todo caso, la norma incorpora una restricción respecto de ciertas categorías de sujetos,² a quienes no se les puede aplicar esta atenuante y que son los siguientes:

- Empleados públicos que desempeñen un cargo de elección popular.
- Funcionarios de exclusiva confianza de quienes desempeñen un cargo de elección popular.

² Su análisis se realizará al tratar las reglas especiales de determinación de penas del artículo 251 quinquies del Código Penal.

- Funcionarios elegidos por el sistema de Alta Dirección Pública del primer nivel jerárquico.
- Fiscales del Ministerio Público.
- Aquellos que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerzan jurisdicción.

Tratándose de una nueva institución aplicable en materia de corrupción, se han revisado los criterios de actuación vigentes en materia de la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de drogas, algunos de los cuales se estiman aplicables en esta especialidad, por lo que se instruye lo siguiente:

- Para que la cooperación eficaz pueda ser reconocida y valorada positivamente en la investigación, el cooperador que es funcionario público debe entregar antecedentes en contra de coautores o partícipes que posean una igual o superior jerarquía en la institución a la que pertenece.
- Los antecedentes aportados por el cooperador deben ser inéditos en la investigación.
- Los antecedentes entregados por el cooperador debe ser íntegros y de una entidad suficiente que permitan acreditar la existencia del hecho punible y/o la participación de los responsables. No basta con información genérica acerca de irregularidades o faltas a la probidad.
- La información debe ser entregada al fiscal directamente por el propio imputado, no por su abogado, parientes o terceras personas.

5.2. Pena privativa de derechos de los delitos contemplados en los párrafos 9° y 9° bis del Título V del Libro II del Código Penal.

El artículo 251 quáter del Código Penal hace aplicables a los delitos de cohecho, soborno y cohecho a funcionarios públicos extranjeros, una nueva pena de privación de derechos que se regula en los artículos 21 y 39 quáter del mismo código.

Se trata de la pena de inhabilitación absoluta, perpetua o temporal, en cualquiera de sus grados, para ejercer cargos, empleos, oficios o profesiones en empresas que contraten con órganos o empresas del Estado o con empresas o asociaciones en que éste tenga una participación mayoritaria; o en empresas que participen en concesiones otorgadas por el Estado o cuyo objeto sea la provisión de servicios de utilidad pública.

En el artículo 39 quáter junto con mencionar los efectos que produce esta pena de inhabilitación, se indica: *“Ejecutoriada que sea la sentencia definitiva, el tribunal la comunicará a la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dicha Dirección mantendrá un registro público actualizado de las personas naturales a las que se les haya impuesto esta pena”*.

Por lo anterior, **se instruye a los fiscales incluir la solicitud de esta nueva pena privativa de derechos en todas las acusaciones o requerimientos por los delitos a los que aplica la inhabilitación, así como solicitar al Tribunal de Garantía, en la oportunidad correspondiente, que se comuniquen a la Dirección de Compras y Contratación Pública – Chilecompra – las sentencias definitivas en las que se haya impuesto esta inhabilitación.**

5.3. Reglas especiales de determinación de penas aplicables a los delitos previstos en los artículos 241, 248, 248 bis y 249 del Código Penal.

El artículo 251 quinquies del Código Penal establece que en los delitos de exacción ilegal y en todas las hipótesis de cohecho pasivo, al momento de determinar la pena respecto de todos los responsables del delito, se excluirá el *mínimum* o el grado mínimo de las penas señaladas en cada caso, en dos situaciones específicas.

En primer lugar, esta regla se aplica cuando el delito haya sido cometido por ciertos empleados públicos de "*alto nivel*" y que son:

- **Empleados públicos que desempeñen un cargo de elección popular.** Ello incluye al Presidente de la República, Senadores, Diputados, Alcaldes, Concejales, Gobernadores Regionales y Consejeros Regionales.
- **Funcionarios de exclusiva confianza de quienes desempeñen un cargo de elección popular.** Aquí se comprende -sin que corresponda a una enumeración taxativa- a los Ministros de Estado, Subsecretarios, Intendentes y Gobernadores Provinciales (mientras no se implemente la reforma al Gobierno Regional), Delegados Presidenciales Regionales (a partir de cuándo se implemente la reforma al Gobierno Regional), SEREMIS, Jefes de Servicios Públicos de exclusiva confianza, Directivos Municipales (señalados en el artículo 47 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades), Jefes de División del Gobierno Regional (conforme artículo 68 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional), entre otros.
- **Funcionarios elegidos por el Sistema de Alta Dirección Pública del Primer Nivel Jerárquico.** Normalmente, son Jefes de Servicios Públicos.
- **Fiscales del Ministerio Público,** lo que incluye fiscales adjuntos, fiscales regionales y el Fiscal Nacional, y a los abogados asistentes actuando como fiscales subrogantes.
- **Cualquiera que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerza jurisdicción.** Se trata de una norma amplia, que incluye a los miembros de los Tribunales Ordinarios de Justicia y de Tribunales especiales, en el rol de Jueces y Ministros de Corte.
- **Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas** (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), el **General Director de Carabineros de Chile** y el **Director General de la Policía de Investigaciones de Chile.**

En segundo lugar, la norma en comento se aplica cuando el delito haya sido cometido por un empleado público con ocasión de su intervención en cualquier de los siguientes procesos:

- Designación de una persona en un cargo o función pública.
- Procedimiento de adquisición, contratación o concesión que supere las 1.000 UTM, en el que participe un órgano o empresa del Estado, o una empresa o asociación en que éste tenga una participación mayoritaria.
- Cumplimiento o ejecución de los contratos o concesiones que se suscriban o autoricen en el marco de los procedimientos antes mencionados.
- Otorgamiento de permisos o autorizaciones para el desarrollo de actividades económicas por parte de personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a 2.400 UF.
- Otorgamiento de permisos o autorizaciones para el desarrollo de actividades económicas por parte de personas jurídicas, con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a 100.000 UF.

- Fiscalización de actividades económicas desarrolladas por las personas naturales o jurídicas antes descritas.

La aplicación de esta norma queda supeditada a los ingresos anuales que sean percibidos por las personas naturales y jurídicas, fijándose límites a superar de 2.400 UF para las primeras, y de 100.000 UF para las segundas, intentándose distinguir de esta manera a pequeñas y medianas empresas de aquellas grandes empresas.

Para los efectos de determinar qué debe entenderse por “**ingresos anuales**” es necesario tener presente que la Circular N° 20 del Servicio de Impuestos Internos, de 04 de abril de 2014, señala en su punto 7° que “*se entenderá por ingreso anual, todo ingreso percibido por el contribuyente durante el periodo calendario de un año*”, lo cual abarca los ingresos de un contribuyente desde el 01 de enero al 31 de diciembre de un año.

Por lo tanto, deberá entenderse que los ingresos anuales de una persona natural o jurídica serán aquellos percibidos en el año calendario anterior a aquel en que se cometa el delito investigado.

Por otra parte, para determinar los límites de 2.400 UF y 100.000 UF, el inciso final del artículo 251 quinquies indica que el valor de la UF será el vigente a la fecha de la comisión del delito.

De esta manera, **se instruye a los fiscales que deberán requerir al Servicio de Impuestos Internos para que éste informe el ingreso anual del año calendario anterior a la fecha de la comisión del delito de una determinada persona, natural o jurídica, a los efectos de contrastarlo con el límite en UF, que debe establecerse a la fecha de comisión del delito.**

5.4. Norma sobre regalos y donativos oficiales o protocolares.

El artículo 251 sexies señala que “*no será constitutivo de los delitos contemplados en los artículos 248, 250 incisos segundo y tercero, y 251 bis, aceptar, dar u ofrecer donativos oficiales o protocolares, o aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación*”.

Esta regla sólo se aplica en los delitos de cohecho por la función y cohecho pasivo propio del artículo 248, al soborno en relación al artículo 248, y en el cohecho a funcionario público extranjero (en la medida que no se trate de la hipótesis vinculada a obtener del funcionario extranjero que omita o ejecute un acto con infracción a los deberes de su cargo, o bien por haber omitido o ejecutado ese tipo de actos).

Se aclara que esta excepción no es aplicable a los cohechos pasivos vinculados a la infracción de deberes, al tráfico de influencias o vinculado a la comisión de otro delito, tipificados en los artículos 248 bis y 249 del Código Penal. De igual forma, tampoco rige esta excepción tratándose de los delitos de cohecho activo o soborno del artículo 250 incisos cuarto y quinto del citado código.

Para interpretar esta norma, se instruye a los fiscales que deberán considerar los siguientes criterios:

- Concepto de donativo oficial o protocolar. No existiendo una definición legal, y para los efectos de la norma del artículo 251 sexies, se considerarán como

donativos oficiales aquellos regalos que se reciben o entregan por detentar un cargo o función pública, y que se hacen en el marco de las relaciones interinstitucionales de dos o más organismos o servicios públicos (en un sentido amplio). Por su parte, se entenderá por donativos protocolares aquellos que se reciben o entregan como parte de los ceremoniales diplomáticos o internacionales establecidos por la costumbre.

- Concepto de regalo que autoriza la costumbre como manifestación de cortesía y buena educación. Tampoco ha sido definido en la ley, pero, para los efectos del artículo 251 sexies, se trata de aquéllos que se entienden parte de los usos sociales, como los que se entregan con motivo del cumpleaños de una persona o de alguna celebración reconocida en la comunidad.
- En todo caso, el importe comercial del regalo debe ser de “escaso valor económico”. Ello significa que estamos en presencia de un bien de poca estimación económica y, si bien resulta complejo fijar un límite exacto, debe efectuarse el análisis de si existe o no un delito de cohecho caso a caso, y dependiendo de la situación concreta.

6. Delitos de corrupción conexos a otros fenómenos criminales.

En la experiencia internacional, se ha podido conocer que asociado a fenómenos de criminalidad organizada como la trata de personas, el tráfico de migrantes, o el tráfico ilícito de drogas u especies, aparece la comisión conjunta de delitos de corrupción, como el cohecho, la falsificación de documentos, entre otros, muchas veces asociados a redes de protección de funcionarios públicos a grupos de crimen organizado.

Normalmente, esas investigaciones son dirigidas por fiscales que no son especializados en materia anticorrupción, razón por la cual y, con la finalidad de uniformar criterios de actuación, actuar coordinada y especializada en tales casos, se instruye a los fiscales a cargo de estos procesos informar a la Unidad Especializada Anticorrupción de la existencia de una investigación en la cual se vislumbra la existencia de un delito de corrupción conexo al fenómeno principal investigado.

II. ASPECTOS PROCESALES RELATIVOS A DELITOS DE LA ESPECIALIDAD

1. Querellantes.

En materia de delitos contra la función pública, el inciso segundo del artículo 111 del Código Procesal Penal, en forma excepcional, habilita a cualquier persona capaz de parecer en juicio y domiciliada en la respectiva provincia, para querellarse por delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública, respecto de hechos punibles cometidos en la misma provincia.

Agrega el mismo artículo, en su inciso tercero, en relación con las querellas que pueden presentar los órganos y servicios públicos, que sólo podrán querellarse los organismos estatales que hayan sido expresamente facultados por su ley orgánica para tal efecto; sin perjuicio de la participación que le cabe al Consejo de Defensa del Estado, como representante del Fisco.

Conforme a estas normas excepcionales en materia de querellas, los fiscales evitarán oponerse a la admisibilidad de las querellas que cumplan con los requisitos señalados. Por el contrario, podrán oponerse a la admisibilidad de las mismas, cuando no se encuadren en las hipótesis que plantea el artículo 111 citado.

2. Consejo de Defensa del Estado como querellante.

De acuerdo a lo previsto en el D.F.L. N° 1 del Ministerio de Hacienda, de 1993, Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, le corresponde a este organismo ejercer la acción penal tratándose de delitos que pudieran acarrear perjuicios económicos para el Fisco u organismos del Estado, así como aquellos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Se entienden comprendidos dentro de estas categorías no sólo aquellos delitos del Título V del Libro II del Código Penal, o los que son de competencia de la UNAC, sino también algunas estafas en que el perjudicado sea un organismo estatal, u otros delitos comunes contra la propiedad en que la víctima sea una institución estatal, delitos en los que el CDE tiene legitimación activa conforme a su ley orgánica. De la misma manera, deben incluirse los delitos del Párrafo 4° del Título III del Libro II del Código Penal, vinculado a los *“agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución”*.

No cumplirían los requisitos establecidos por la Ley Orgánica del CDE, las investigaciones por sobornos cometidos por particulares, en que no exista aceptación del funcionario público, que puedan entenderse de baja complejidad, atendido su monto, circunstancias, o modo de comisión, entre otras características que pudieran dar cuenta de una investigación de menor complejidad. Tampoco cumplirían estos requisitos las investigaciones por delitos de corrupción entre particulares.

La misma Ley Orgánica antes citada, en su artículo 41, dispone que el Ministerio Público informará, a la brevedad posible, al Consejo de Defensa del Estado, los antecedentes relacionados con **todos los delitos que pudieren dar lugar a su intervención**, pudiendo este último solicitar los antecedentes que estime necesarios para determinar si deduce o no querella, por lo que se instruye a los fiscales realizar esta comunicación de la forma como se detalla más adelante.

El hecho que, eventualmente, los abogados del CDE hayan conocido informalmente de la existencia de una investigación en la que pudiere corresponderle participación a dicho organismo, o bien, que la denuncia del delito de corrupción se haya hecho en forma pública y con conocimiento de prensa, o que se haya comunicado verbalmente el inicio de una investigación a algún abogado del CDE, **no elimina la obligación legal de comunicar formalmente y por escrito el inicio de la investigación al CDE.**

La obligación anterior se entenderá cumplida mediante la remisión de un correo electrónico con la información pertinente, a la casilla cde@cde.cl, habilitada para esos efectos por dicha institución.

Sin perjuicio de lo anterior, también **se instruye a los Fiscales Regionales en orden a generar la necesaria coordinación con los respectivos Abogados Procuradores Fiscales, tanto para la entrega de los antecedentes que el Consejo de Defensa del Estado estime necesarios para decidir si deduce o no la respectiva querella criminal, como toda aquella información que**

propenda a un trabajo conjunto con dicha institución, y contribuya a optimizar la persecución penal de estos ilícitos. Para ello deberán efectuarse reuniones, a lo menos, trimestralmente, sin perjuicio de las que puedan ser citadas, de común acuerdo, a propósito de un caso concreto.

Asimismo, y conforme a los criterios que más adelante se expondrán, corresponde mantener informado al CDE de las decisiones procesales más relevantes que se adopten en las investigaciones por los delitos ya referidos, tal como se regulará al tratar el archivo provisional, la facultad de no inicio de la investigación, la suspensión condicional o el procedimiento abreviado.

Se instruye proceder de la manera coordinada antes descrita, especialmente en aquellos casos en que el fiscal estime necesario adoptar la decisión de no perseverar, contemplada en el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, y en que el CDE, habiendo presentado querrela, insista en que se formalice la investigación.

Deberá procederse de la misma manera cuando la investigación se inicie por denuncia de la Contraloría General o del Servicio Público afectado.

3. Medidas Intrusivas.

Las medidas intrusivas son procedentes y pueden resultar de gran utilidad en la investigación de estos delitos, debiendo cumplirse el requisito general de contar con autorización judicial previa para su ejecución, por tratarse de diligencias investigativas que pudieran privar, restringir o perturbar al imputado o a un tercero, el ejercicio de los derechos que la Constitución les asegura.

Sin perjuicio que estas medidas pueden solicitarse antes de la formalización y sin previa comunicación al afectado, de acuerdo con el artículo 236 del Código Procesal Penal, es necesario realizar algunas precisiones relativas a su ejecución en investigaciones por delitos de la especialidad:

- Tratándose de una investigación que afecte a personas que gozan de fuero, éste no limita la ejecución de las medidas pues dicha institución se ha creado para evitar que se forme causa, se prive de libertad o se imponga otra medida cautelar personal respecto de los beneficiados. Por tanto, no obstante verse involucradas altas autoridades, no existe norma que obligue a contar con otra autorización especial para su ejecución, bastando la del juez de garantía conforme a las reglas generales.
- Tratándose de medidas intrusivas que exigen, como requisito, que se investigue un delito que merezca pena de crimen (artículo 222 del Código Procesal Penal), se debe tener presente la pena de inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, o privativa de otros derechos, que concurre en carácter de principal junto con las penas privativas de libertad en la mayoría de los delitos de corrupción. Lo mismo sucede con la pena de inhabilitación que incorpora la Ley N° 21.121 en el artículo 251 quáter respecto a los delitos de cohecho, soborno y cohecho a funcionario público extranjero; de modo tal que, revistiendo éstas el carácter de pena de crimen de acuerdo al artículo 21 del Código Penal, hace procedente tales medidas y **se instruye a los fiscales argumentarlo de esta forma ante los tribunales, en los casos que corresponda.**

4. Secreto bancario.

Cabe destacar la enorme importancia que cobra la diligencia de alzamiento de secreto bancario en esta clase de delitos, por los aspectos económicos que, en su gran mayoría, los mismos involucran.

Especial relevancia en este ámbito delictivo cobra lo dispuesto en el inciso final del artículo 1° del DFL N° 707, que permite que los fiscales, previa autorización del Juez de Garantía, puedan solicitar toda la información que diga relación con la cuenta corriente y su saldo respecto de un imputado, sin tener la necesidad de individualizar partidas determinadas, ni en la solicitud al juez de garantía, ni en el requerimiento que se realice al banco, cuando se trate de investigaciones seguidas contra funcionarios públicos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, ampliando de esta forma la excepción al secreto bancario.

Al efecto, y con miras a dar cumplimiento a compromisos internacionales, se instruye a los fiscales en orden a fundamentar las solicitudes de levantamiento de secreto bancario basándose en la normativa de las convenciones internacionales en contra de la corrupción que han sido suscritas y ratificadas por Chile. Especialmente relevantes en esta materia resulta el artículo 9° de la Convención OCDE para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, el artículo 40 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y el artículo XVI de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

5. Medidas cautelares reales.

En atención a que muchas de las investigaciones seguidas por los delitos de esta especialidad tienen asignada una pena pecuniaria, sea como pena principal o accesoria, y que el monto de esta pena puede ser de relevancia, se estima conveniente solicitar la imposición de medidas cautelares reales en aquellas investigaciones cuya pena de multa sea superior a 40 UTM, por configurarse la necesidad de aseguramiento de la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, en sus aspectos patrimoniales.

Se debe tener presente que la solicitud de fijación de estas medidas puede realizarse desde el inicio de la investigación, no siendo necesario que ésta se encuentre formalizada, toda vez que la regulación de estas medidas se encuentra entregada a las disposiciones del Título IV del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

El Ministerio Público, al carecer de patrimonio propio, no está obligado a rendir fianza u otra garantía suficiente para poder solicitar una medida precautoria, **debiendo los fiscales oponerse a dicha exigencia en caso de ser requerida.** Ello, pues tales cauciones sirven para asegurar el pago de perjuicios en caso que el solicitante incurra en una serie de conductas, no aplicables al Ministerio Público al no estar facultado para deducir demanda civil en favor de la víctima. Además, se puede argumentar que es posible aplicar por analogía el artículo 63 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, que dispone que el Estado, el Fisco, las Municipalidades y los servicios de la administración descentralizada del Estado o las entidades privadas en que el Estado tenga aporte o participación mayoritarios, no estarán sujetos a la obligación de rendir las cauciones y consignaciones a que se refiere el Código de Procedimiento Civil y otras leyes procesales.

6. Diligencias Mínimas.

Sin perjuicio de las particularidades de cada delito de corrupción investigado, se instruye a los fiscales que deberán realizar las diligencias mínimas de investigación que a continuación se indican:

- i. Obtener el extracto de filiación y el SAO de los imputados.
- ii. Revisión en SIAPER de los imputados.
- iii. Requerir información a la Contraloría General de la República, o al Tribunal Calificador de Elecciones, en su caso, a los efectos de obtener la documentación que dé cuenta del nombramiento, designación o contratación de una persona en un servicio, organismo o institución pública.
- iv. Realizar requerimiento de información al servicio público de que se trate, solicitando copias del sumario administrativo (si existe).
- v. Comunicar al Consejo de Defensa del Estado la existencia de la investigación, en cumplimiento al artículo 41 de la Ley Orgánica de dicho servicio.
- vi. Toma de declaración al denunciante y a los testigos principales
- vii. Solicitar levantamiento patrimonial a la UNAC del imputado, su grupo familiar y societario, en la medida que sea pertinente al tipo de delito investigado.

Todo lo anteriormente señalado no obsta, por cierto, a la realización de otras diligencias investigativas, en atención a la complejidad de los hechos objeto de la de la investigación de que se trate.

7. Salidas Tempranas y Alternativas.

7.1. Archivo Provisional.

Esta salida temprana es aplicable a los delitos de la especialidad, en la medida que se cumplan los requisitos generales de procedencia, siendo necesario precisar:

- **Tratándose de investigaciones por delitos contemplados en este oficio, se instruye que deberán agotarse en forma previa a la adopción de esta decisión, todos los medios razonables de investigación. Por lo tanto, deberán constar en la carpeta investigativa la realización de, a lo menos, las diligencias mínimas indicadas en el numeral sexto de esta instrucción.**

Si se trata de una investigación por el delito del artículo 251 bis del Código Penal, deberá constar la respuesta del Estado Extranjero al requerimiento internacional que se haya formulado, debiendo agotar previamente, todas las instancias formales e informales, para obtener una respuesta del Estado requerido.

- **Se instruye que, si el fiscal opta por decretar el archivo provisional deberá, además, informar esta decisión al Consejo de Defensa del Estado, a objeto de que este organismo pueda ejercer los derechos que confiere al artículo 169**

del Código Procesal Penal, salvo en los casos de cohecho activo de baja complejidad.

- En los casos por delitos de la especialidad y, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 167 del Código Procesal Penal, **se instruye a los fiscales para obtener siempre la aprobación de los archivos provisionales por parte de su respectivo Fiscal Regional.**

7.2. Decisión de No Perseverar.

Respecto de la facultad contemplada en el artículo 248 letra c) del Código Procesal Penal, **se instruye que esta decisión también deberá ser aprobada previamente por el Fiscal Regional respectivo.**

7.3. Facultad de No Iniciar Investigación.

El estudio de los antecedentes deberá ser especialmente cuidadoso en todos los delitos de la especialidad, previo a aplicar la decisión de no iniciar investigación.

En esta materia es posible reconocer dos situaciones:

- i. Casos en que se estime que los hechos no son constitutivos de delito: lo que podría corresponder a situaciones de límites bastante difusos, por lo que deberán realizarse indagaciones mínimas tendientes a establecer esta circunstancia y, si de las mismas se desprende que no se estaría frente a un delito, deberá estudiarse si es preferible instar por el sobreseimiento definitivo, atendidas las diligencias de investigación que ya han sido efectuadas y que podrían obstar a la aplicación de una solicitud de no inicio de investigación.

En este caso, se instruye que la decisión de no iniciar investigación deberá ser aprobada por el Fiscal Regional respectivo.

- ii. Casos en que se estime se encuentra prescrita la acción penal: generalmente, la decisión debería poder adoptarse tempranamente, aunque deberá considerarse las nuevas reglas de cómputo del plazo de prescripción del artículo 260 bis del Código Penal, introducidas por la Ley N° 21.121.

Finalmente, se instruye que, si el fiscal opta por ejercer la facultad de no iniciar investigación **deberá, además, informar esta decisión al Consejo de Defensa del Estado**, a objeto de que ese organismo pueda ejercer los derechos que le confiere al artículo 169 del Código Procesal Penal, salvo en los casos de cohecho activo de baja complejidad.

7.4. Principio de Oportunidad.

Tratándose de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, no procede la aplicación de esta salida por expresa prohibición del legislador (artículo 170 del Código Procesal Penal).

No obstante, la ley no excluye la aplicación del principio de oportunidad para hechos delictivos en que han participado funcionarios públicos, cuando su actuación no se enmarca en el ejercicio de sus cargos. Sin embargo, puede ocurrir que la calidad de funcionario público del involucrado dé al hecho una connotación

que afecte gravemente el interés público, cuestión que deberá ponderarse al momento de hacer aplicación de esta salida.

No obstante, se entiende que en los delitos que afectan el correcto funcionamiento de la administración pública que son cometidos por particulares, como el caso del soborno, comprometen gravemente el interés público y, en consecuencia, no es procedente el principio de oportunidad.

7.5. Suspensión Condicional del Procedimiento.

Si bien esta salida alternativa es jurídicamente aplicable a los delitos de la especialidad, atendida la gravedad del bien jurídico protegido en estos delitos y las repercusiones que genera este tipo de decisión en relación con los fines preventivos de la pena, **se instruye a los fiscales a aplicar esta facultad en forma excepcional, limitada y prudente**, teniendo especialmente en consideración la dificultad que representa controlar el cumplimiento de las condiciones de la suspensión y la señal que podría implicar, para la ciudadanía, una salida de este tipo en delitos de corrupción.

Por ello los fiscales deberán ponderar, en cada caso, las circunstancias de la comisión del delito, su naturaleza, modalidad y móviles, debiendo perseverar en la persecución criminal cuando ella aparezca necesaria, por la gravedad y trascendencia de los hechos en el caso concreto.

De esta manera, **se instruye a los fiscales para que, en cada caso, junto con el cumplimiento de los requisitos legales, verifiquen la existencia o concurrencia de a lo menos cuatro de las siguientes circunstancias**, en virtud de las cuales resulte aconsejable la adopción de esta salida alternativa:

1. Que el imputado funcionario público a suspender no sea de aquellos contemplados en el artículo 251 quinquies al momento de la comisión del delito investigado, o bien, que se trate de un particular.
2. Que la prognosis de penalidad concreta a imponer al imputado a suspender sea inferior a 818 días de presidio menor en su grado medio.
3. En los delitos que causan un perjuicio patrimonial, el imputado debe acreditar que ha reparado significativamente el perjuicio causado. Más favorable podría ser la disponibilidad para reparar la totalidad del perjuicio causado.
4. Que se cuente con la opinión favorable del CDE, como representante de los derechos de la víctima en casos en que se haya querellado.
5. Que se haya dado inicio a la investigación por una denuncia del imputado a suspender.
6. Que el imputado a suspender haya prestado activa colaboración con la investigación, materializado en autorizaciones voluntarias para realizar diligencias; o en el aporte de antecedentes y/o documentos a la carpeta de investigación; o permitiendo el acceso y revisión voluntario de sus correos o dispositivos electrónicos; o bien que haya colaborado eficazmente con la investigación, en los términos de lo dispuesto en el artículo 260 quáter del Código Penal.
7. Que el imputado a suspender haya sido cesado, removido, o desvinculado del cargo o función pública en cuyo cometido participó en el hecho punible, y que al

momento de la suspensión no se encuentre ejerciendo cargo o función pública alguna.

8. Que a la acción penal en contra del imputado a suspender le pudiera ser aplicable la media prescripción del artículo 100 del Código Penal.

9. Cuando existan razones estratégicas y de política criminal que hagan necesario suspender la persecución penal de un imputado con la única finalidad de perseguir a otro imputado con un claro y notorio mayor grado de participación, involucramiento y responsabilidad en los hechos.

Sobre la materia cabe recordar que, en algunos casos, la aplicación de la suspensión condicional tiene como efecto constituirse en una causal de cese de los correspondientes cargos, como ocurre con los jueces y fiscales, conforme al artículo 332 en relación con el artículo 256, ambas disposiciones del Código Orgánico de Tribunales, y al artículo 65 en relación con el artículo 60 de la Ley N° 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

Atendido entonces lo delicado de la adopción de esta salida alternativa, **se instruye a los fiscales que en los delitos de la especialidad deberá ser siempre el Fiscal Regional respectivo quien deberá aprobar la adopción de la suspensión condicional del procedimiento.** Por ello, si esta decisión implica solicitar una audiencia especial para proponerla, ésta deberá ser realizada por un escrito suscrito por el Fiscal Regional, aun cuando sea el fiscal adjunto quien concurra a la audiencia. Si la salida se propone en otra de las audiencias posibles, se deberá igualmente contar con la autorización del Fiscal Regional respectivo, la que siempre deberá constar en la respectiva carpeta de investigación.

Todo ello, con la sola excepción de las investigaciones por sobornos flagrantes de baja complejidad y la corrupción entre particulares.

En aquellos casos en que una de las condiciones por cumplir consista en el pago de una suma de dinero, en conformidad a lo establecido en las letras e) o h) del artículo 238 del Código Procesal Penal, **se instruye a los fiscales que deberán verificar previamente la idoneidad, prestigio y transparencia de las organizaciones sin fines de lucro que serán destinatarias de tales sumas de dinero.**

A este respecto, se sugiere a las Fiscalías Regionales la elaboración de un catastro o registro de organizaciones sin fines de lucro que se encuentren dentro del territorio de su competencia y que cumplan con las características antes indicadas.

Asimismo, **se instruye a los fiscales que deberán incluir siempre como condición que el imputado, persona natural o jurídica, no podrá solicitar al Servicio de Impuestos Internos la rebaja de impuestos por el pago efectuado por este concepto.**

Finalmente y, en atención al derecho a ser oído que tiene el Consejo de Defensa del Estado, se instruye a los fiscales que deberán comunicar a dicho organismo, sea o no querellante en la respectiva causa, con la debida antelación y en forma previa a la realización de la audiencia respectiva, de la decisión de adoptar una suspensión condicional del procedimiento, de manera de poder dialogar acerca de las condiciones que resultarían más convenientes para el Fisco.

7.6. Acuerdos Reparatorios.

Esta salida, si bien supone un acuerdo entre víctima e imputado, permite al órgano persecutor oponerse e instar por la continuación de la investigación, lo que mayoritariamente deberá ocurrir en este ámbito delictivo por encontrarnos frente a bienes jurídicos no disponibles, o bien, ante la existencia de un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal.

La representación de la víctima para estos efectos corresponde, en general, al Consejo de Defensa del Estado, o a otro órgano estatal que cuente con personalidad jurídica propia, los que pueden optar por celebrar acuerdos reparatorios en delitos que sólo afecten el patrimonio fiscal. En aquellos casos en que los fiscales consideren que no es procedente esta salida alternativa, por tratarse de delitos "*pluriofensivos*" que, además de afectar el patrimonio del Estado, comprometan el bien jurídico prevalente de la probidad y el correcto desempeño de la función pública, se instruye a los fiscales que deben oponerse en la audiencia respectiva.

No obstante, esta salida puede ser evaluada detenidamente, en casos de hechos que afecten el patrimonio fiscal y en que el sujeto activo del delito sea un particular, o bien, cuando se trate de un delito de corrupción entre particulares. Por otra parte, podrá también evaluarse la falta de oposición del Ministerio Público en situaciones absolutamente excepcionalísimas en que, aun siendo el agente un funcionario público, la afectación de los bienes jurídicos protegidos sea de una menor intensidad.

En este último caso, se instruye que la decisión de no oponerse al acuerdo deberá ser aprobada por el Fiscal Regional respectivo.

8. Efectos que produce la acusación respecto de determinados funcionarios públicos.

8.1. Alcalde o Concejal.

La acusación presentada contra un alcalde o concejal por un delito que merezca pena aflictiva, o que la ley califique como conducta terrorista produce efectos en la capacidad para desempeñar dichos cargos. Así, de los artículos 16 de la Constitución Política de la República, y 61 y 62 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, se concluye que si un alcalde o concejal es acusado por unos de los delitos referidos, ve suspendido su derecho a sufragio, incurriendo en una casual de inhabilidad temporal para el ejercicio de su cargo, de pleno derecho. Por ello, en tales situaciones debe informarse al respectivo Secretario Municipal y también al Concejo Municipal correspondiente, copiando a la Contraloría General de la República, a fin que tales órganos tomen conocimiento y adopten las medidas que resulten procedentes.

8.2. Jueces, Fiscales del Ministerio Público y Abogados Asistentes de Fiscales, en su caso.

La acusación presentada contra un juez, un fiscal adjunto del Ministerio Público o un abogado asistente de fiscal, actuando funcionalmente como fiscal respecto del delito previsto en el artículo 269 ter, conforme a lo dispuesto por el Código Orgánico de Tribunales y la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, produce el efecto de la suspensión en el ejercicio de sus respectivos cargos. Así, tratándose de jueces, el artículo 335 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales,

indica que la presentación de una acusación en su contra por un delito que tenga asignado pena de crimen o simple delito provoca la suspensión de sus funciones. En el caso de los fiscales (y debemos entender el asistente de fiscal en la situación antes referida), la presentación de una acusación a su respecto por un delito sancionado con pena de crimen o simple delito, provoca la misma suspensión del cargo, hasta que no se resuelva la acusación mediante sentencia firme o ejecutoriada, conforme a lo dispuesto por el artículo 60 de la Ley N° 19.640 en relación al artículo 256 del Código Orgánico de Tribunales debiendo, por tanto, oficiarse a quien corresponda informando de la interposición de la acusación.

9. Cuestiones prejudiciales civiles.

Contempladas en el artículo 171 del Código Procesal Penal y los artículos 173 y 174 del Código Orgánico de Tribunales, se refieren a aquellos hechos de carácter civil cuya resolución la ley entrega a un tribunal que no tiene competencia en materia penal, debiendo los tribunales con competencia criminal suspender la sustanciación de la causa penal, dictando sobreseimiento temporal para que, previamente, un órgano jurisdiccional con competencia civil los resuelva.

Esta situación podría presentarse en la investigación de los delitos comprendidos en los Párrafos 5° y 6° del Título V del Libro II de nuestro Código Penal, relativos a malversaciones, fraudes y exacciones ilegales en que fuera necesaria la realización de un juicio de cuentas previo por parte de la Contraloría General de la República.

Los fiscales aplicarán esta norma de modo restrictivo y excepcional, de forma que en caso de ser estrictamente necesario para la decisión penal contar previamente con una liquidación de la Contraloría General de la República y se hubiere iniciado el juicio de cuentas, el fiscal del caso solicitará el sobreseimiento temporal de la causa.

Por el contrario, en el caso que el Ministerio Público cuente con antecedentes suficientes para sostener una acusación penal, configurándose los elementos necesarios del respectivo tipo penal, los fiscales deberán oponerse a la solicitud de sobreseimiento temporal planteada como una cuestión prejudicial civil.

Corresponderá a cada fiscal determinar cuándo solicitar el sobreseimiento temporal, previa comunicación y consulta a la Unidad Especializada Anticorrupción.

10. Procedimientos Aplicables.

Los procedimientos aplicables en este ámbito son todos aquellos que contempla el Código, no obstante, sólo aludiremos a aquellos que presenten particularidades en delitos de la especialidad.

10.1. Procedimiento Simplificado.

Los delitos de la especialidad que tienen asignadas penas privativas de libertad de simples delitos, también llevan aparejada copulativamente, en calidad de pena principal, una pena privativa de derechos, la que tiene carácter de pena de crimen, lo que podría hacer dudar respecto a la procedencia de este procedimiento.

Sin embargo, el artículo 388 del Código Procesal Penal hace aplicable el procedimiento simplificado a las faltas y a los hechos constitutivos de simple delito para los cuales el Ministerio Público requiriere la imposición de una pena que no

excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, aludiendo sólo a la pena privativa de libertad asociada y no a las demás penas, cuestión recogida actualmente por la mayoría de los tribunales.

Por lo anterior, se instruye aplicar el procedimiento simplificado, cuando corresponda, ya que para determinar la aplicación de este procedimiento, el artículo 388 sólo atiende a las penas restrictivas o privativas de libertad –las que no pueden tener una duración superior a los 540 días de presidio o reclusión–, y nada señala respecto a las penas privativas de derechos.

10.2. Procedimiento Abreviado.

Atendida la relevancia de los bienes jurídicos comprometidos en los delitos de corrupción, lo poco rigurosas de las penas comúnmente impuestas a través de este procedimiento y el impacto negativo que su utilización excesiva puede producir en la confianza de la ciudadanía para con el sistema de justicia penal en general, se instruye a los fiscales que deberán ponderar caso a caso, de manera prudente y restrictiva, la conveniencia de aplicar el procedimiento abreviado a este tipo de delitos.

Tratándose de una investigación seguida contra alguna de las **autoridades o funcionarios mencionados en el artículo 251 quinquies del Código Penal, y se trate de los delitos tipificados en los artículos 233, 239, 241, 248, 248 bis, 249 y 251 bis del mismo cuerpo legal**, se instruye a los fiscales que a ésta sólo podrá aplicársele un procedimiento abreviado en la medida que, junto con cumplir el requisito de penalidad establecido en el artículo 406 del Código de Procesal Penal, se pueda acreditar **copulativamente**:

1. Que el imputado tenga una irreprochable conducta anterior calificada.
2. Que el imputado haya colaborado efectiva y sustancialmente con la investigación, materializado en autorizaciones voluntarias para realizar diligencias; o en el aporte de antecedentes y/o documentos a la carpeta de investigación; o permitiendo el acceso y revisión voluntario de sus correos o dispositivos electrónicos.
3. Que el imputado acredite una reparación significativa del perjuicio causado.
4. Que al momento de la respectiva audiencia judicial, el imputado no se encuentre ejerciendo ningún cargo o función pública.

Junto con cumplir estos requisitos copulativos, los fiscales deberán expresar las razones que motivan la aplicación del procedimiento abreviado, en cualquiera de las oportunidades que correspondan, según establece el artículo 407 del Código Procesal Penal.

En todo caso, y para los efectos de calcular la prognosis de pena, que conforme establece el artículo 406 del Código Procesal Penal debe ser menor a los 5 años, **se instruye a los fiscales que en investigaciones por este tipo de delitos, cuando concurren dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, sólo podrán rebajar la pena en un grado.**

Asimismo, **se instruye a los fiscales que en aquellos casos en que el Consejo de Defensa del Estado hubiere deducido querrela, la decisión de aplicar un**

procedimiento abreviado deberá serle comunicada previamente a dicho organismo.

Finalmente, se instruye a los fiscales que deberán obtener la autorización previa del Fiscal Regional respectivo para aplicar un procedimiento abreviado, autorización que deberá constar materialmente en la carpeta investigativa.

10.3. Desafuero y Querella de Capítulos.

En nuestro ordenamiento jurídico, el ejercicio de la acción penal en contra de parlamentarios, ex Presidentes de la República, autoridades regionales³, Ministros del Tribunal Constitucional y del Tribunal Calificador de Elecciones, Ministros, jueces, y fiscales judiciales, fiscales del Ministerio Público y abogados asistentes actuando como fiscales, requiere, en los casos y oportunidades que se indicarán, pasar previamente por un antejuicio, examen de admisibilidad o requisito de procesabilidad, denominado "*Desafuero*", para las autoridades del poder ejecutivo, legislativo y tribunales especiales, o bien "*Querella de Capítulos*", en el caso de los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Respecto del Ministerio Público, en los artículos 45 y siguientes de la Ley N° 19.640 se desarrolla la forma de investigar la responsabilidad penal de los fiscales y a quién le corresponde efectuar dicha investigación. En esta norma deben entenderse comprendidos también los abogados asistentes de fiscales, de acuerdo con el artículo 48 de la Ley N° 19.640, toda vez que, si a éstos les son aplicables las normas sobre responsabilidad de los fiscales, debemos entenderlo no sólo en relación a las obligaciones que adquieren, o a la calidad de sujeto activo del delito del artículo 269 ter, sino también a las normas del antejuicio "*querella de capítulos*", dado que constituye el estatuto legal para hacer efectiva la responsabilidad criminal de los fiscales, aplicable, en su caso, a los abogados asistentes.

El Código Procesal Penal regula la tramitación del desafuero (artículos 416 a 423) y de la querella de capítulos (artículos 424 a 430), en términos generales, de manera muy similar.

No obstante, para los aforados, este antejuicio rige para perseguirlos criminalmente tanto por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, como para delitos comunes. En cambio, para las personas respecto de las cuales se requiere presentar una querella de capítulos, ésta sólo alcanza a la responsabilidad penal por la comisión de delitos ministeriales, no existiendo procedimiento especial tratándose de delitos comunes.

En ambos casos, el tribunal competente para conocer de ellos es la Corte de Apelaciones respectiva, en sala, salvo que se trate de parlamentarios o Ex Presidentes de la República, casos en los cuales conocerán en pleno.

10.3.1. Oportunidad para solicitar estos antejuicios.

³ Mientras no hayan asumido sus cargos las nuevas autoridades regionales creadas por la Ley N° 20.990, que dispone la elección popular del órgano ejecutivo del Gobierno Regional, y que modificó la Carta Fundamental, son beneficiarios de fuero los Gobernadores, Intendentes y Presidentes de los Consejos Regionales. Posteriormente, están protegidos con fuero el Gobernador Regional, el Delegado Presidencial Regional y el Delegado Presidencial Provincial.

En el juicio ordinario y conforme a la Carta Fundamental, la oportunidad procesal se circunscribe a dos momentos determinados:

- a) Tras el cierre de la investigación, si el fiscal llega a la convicción que tiene antecedentes para acusar a una persona aforada o capitulada; o bien,
- b) Durante el curso de la investigación, si el fiscal deseara solicitar una medida cautelar personal en contra de dicho imputado.

En ambos casos, la solicitud de alzamiento del privilegio procesal debe interponerse ante la respectiva Corte de Apelaciones, acompañando copias de toda la carpeta de investigación.

Atendida algunas imprecisiones de la normativa que regula esta materia, es posible advertir algunas dificultades interpretativas que pudieren surgir al solicitar el levantamiento de los privilegios procesales al cierre de la investigación, teniendo presente que el plazo para presentar la acusación no se suspende por la tramitación del respectivo antejuicio.

En ausencia de norma legal que resuelva el asunto, se instruye a los fiscales presentar el desafuero o la querrela de capítulos ante la respectiva Corte de Apelaciones durante el curso de la investigación y para los efectos de solicitar una medida cautelar personal, aquella que sea procedente según las características del caso concreto y su necesidad de cautela, sea ésta la prisión preventiva, o aquellas de menor intensidad, contempladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal.

En aquellos casos excepcionales en que no sea posible impetrar el desafuero o querrela de capítulos durante la etapa de investigación, se deberá solicitar el levantamiento del privilegio procesal como petición principal para efectos del cierre de la investigación, y en forma subsidiaria, para solicitar una medida cautelar personal, precaviendo el evento que mientras se encuentre pendiente el antejuicio ante los Tribunales Superiores, la investigación pudiera ser reabierto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 257 del Código Procesal Penal.

Dado que la finalidad de estos privilegios procesales es salvaguardar la libertad personal de los aforados o capitulados, dentro del concepto de "*medida cautelar*" no sólo se incluye la prisión preventiva y las medidas del artículo 155 del Código Procesal Penal, sino también la orden de detención en contra del aforado que tenga la calidad de imputado y respecto de la citación judicial a imputados o testigos que revistan la calidad de aforados o capitulados, sólo en la medida que se pretenda hacer efectivo el apercibimiento de arresto que conlleva dicha citación.

Levantado que sea el privilegio procesal respecto de medidas cautelares solicitadas, no será necesario proceder a instar por un nuevo antejuicio antes de acusar.

Las resoluciones que se pronunciaren sobre estos antejuicios serán apelables ante la Corte Suprema, respecto del desafuero conforme con lo dispuesto en el artículo 418 del Código Procesal Penal⁴, y en relación a la querrela de capítulos de acuerdo a la norma del artículo 427 del citado código.

⁴ Lo anterior, teniendo presente que no existe una jurisprudencia uniforme del Excmo. Tribunal Constitucional, por cuanto, si bien en las causas Roles N° 2067, 3046, 3764 y 6028, se ha declarado como inconstitucional el artículo 418 del Código Procesal Penal que regula el recurso de apelación, en la causa Rol N° 4010 se rechazó el requerimiento y, por lo tanto, se permitió la

10.3.2. Antejudio en otros procedimientos.

El procedimiento simplificado no contiene norma que regule el tema de los antejudios, correspondiendo aplicar lo previsto para el juicio ordinario, adaptado a las particularidades de este procedimiento.

Así, la solicitud de desafuero o de querrela de capítulos, como requisito previo al juzgamiento, debe contener en el mismo escrito el requerimiento formulado, de modo que una vez declarado que ha lugar a la formación de causa, el juez de garantía cite a la audiencia prevista en el artículo 393 del Código Procesal Penal.

En la hipótesis del artículo 390 inciso primero parte final del Código Procesal Penal, una vez obtenido el pronunciamiento favorable de la Corte respectiva, el fiscal podría dejar sin efecto la formalización y requerir, de acuerdo a la posibilidad que el citado artículo 390 concede. De igual manera se procederá en el caso del artículo 390 inciso segundo del Código Procesal Penal.

En el caso de investigaciones por faltas, en principio se estima que no resulta procedente el desafuero, atendido que éstas no son sancionadas con penas privativas de libertad y, por regla general, no dan lugar a una medida cautelar de privación de libertad. En el caso de la querrela de capítulos, por ser únicamente procedente respecto de delitos ministeriales, no es aplicable a los casos por faltas.

Sin embargo, en el caso del desafuero, si se tratara de faltas que autorizan la detención del aforado conforme al artículo 134 del Código Procesal Penal, y se opta por la detención de aquél, debería previamente obtenerse el desafuero, aplicándose en este caso las reglas generales analizadas anteriormente.

No obstante, también es posible hacer uso de la facultad que confiere el artículo 131, en cuanto a dejar sin efecto la detención, a fin de citar al imputado que goza de fuero, a declarar ante el Ministerio Público en días posteriores, conforme al procedimiento que establece el inciso segundo del artículo 23 del mismo texto legal, realizando todas las diligencias que sean necesarias y pertinentes de acuerdo a la investigación de que se trate, conforme a las reglas generales.

Si una persona amparada por los antejudios examinados es detenida por ser sorprendida en comisión de delito flagrante, el fiscal deberá ponerla inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva debiendo remitirle copia del registro de las diligencias que hubiere practicado y que fueran conducentes para resolver el asunto.

No obstante es posible, también, hacer uso de la facultad que confiere el artículo 131 del mismo Código, en cuanto a dejar sin efecto la detención, y proceder a citar al imputado que goza de fuero, conforme a lo antes indicado.

Se debe tener presente que situaciones como la práctica de exámenes para la constatación del delito, son entendidas como diligencias previas, amparadas por el

aplicación del citado artículo, y considerando que todos estos fallos se han dictado en uso de las atribuciones del número 6 del artículo 93 de la Constitución Política de la República, y por ello dichas sentencias sólo tienen efectos relativos, dado que el Excmo. Tribunal Constitucional no se ha pronunciado en uso de la facultad contemplada en el número 7 del artículo 93 de la Carta Fundamental, que le permite declarar la inconstitucionalidad absoluta de algún precepto legal. En consecuencia, el artículo 418 del Código Procesal Penal está vigente y es una norma legal que el Ministerio Público no puede dejar de aplicar.

artículo 83 del Código Procesal Penal, que forman parte de la investigación preliminar de un posible ilícito, y que no conllevan la detención del aforado.

La misma regla aplicaría para el caso de la querrela de capítulos, si se diera un caso de flagrancia en la comisión de delitos ministeriales.

Si se da lugar a la formación de causa o se declaran admisibles los capítulos de una acusación, el Juez de Garantía deberá fijar de inmediato la fecha de audiencia de preparación del juicio oral, la que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a la recepción de los antecedentes por el Juzgado de Garantía.

De este modo, no rige el plazo previsto en el artículo 260 del Código Procesal Penal, salvo que el propio imputado solicite que rijan los plazos fijados en tales reglas generales para preparar su defensa, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso final de los artículos 420 y 428 del Código Procesal Penal.

La resolución que acoge el desafuero, provoca la suspensión en el ejercicio del cargo servido por el aforado, en el caso que se trate de parlamentarios, debiendo por ello la Corte de Apelaciones respectiva comunicar el hecho de haber acogido el desafuero a la rama del Congreso a que pertenezca el parlamentario desafuero. En el caso de la querrela de capítulos, el funcionario capitulado también queda suspendido de sus funciones.

La resolución que rechaza el desafuero o la querrela de capítulos, presentada al cierre de una investigación, produce los efectos del sobreseimiento definitivo respecto del aforado o capitulado favorecido con tal declaración.

En cambio, el Código Procesal Penal no ha regulado los efectos del rechazo de una solicitud de alzamiento de privilegio procesal para los efectos de solicitar una medida cautelar personal, de modo que es posible sostener que evidentemente, no se podrá imponer ninguna medida cautelar al imputado, pero tampoco se provocan los efectos de un sobreseimiento definitivo, pudiendo el Ministerio Público continuar con su investigación y, eventualmente, solicitar otro desafuero o querrela de capítulos con nuevos y mejores antecedentes, ya sea para solicitar una medida cautelar, o bien, al cierre de la investigación, para los efectos de acusar.

10.3.3. Persecución conjunta de aforados e imputados sin privilegios.

Por otra parte, los artículos 422 y 430 del Código Procesal Penal disponen que si aparecieren implicados junto con los aforados, otros individuos que no gozaren de estos privilegios, se seguirá adelante el procedimiento en relación con ellos.

Estas normas generan algunas dificultades de carácter práctico por cuanto, si se ha presentado acusación en contra de los imputados no sujetos a fuero, el procedimiento puede seguir adelante respecto de ellos sin considerar el pronunciamiento de la Corte, lo que podría implicar tener que realizar más de un juicio oral por los mismos hechos: uno para quienes no gozan de privilegio procesal y otro para quienes sí se ven amparados por ellos. De modo que, si la estrategia del caso se fortalece con la imputación conjunta de imputados aforados y otros que no gozan de este privilegio, se instruye a los fiscales a adoptar las medidas procesales pertinentes para solicitar el respectivo antejuicio en una oportunidad que no impida ejercer la acción penal de manera conjunta. Una alternativa a ese respecto, es solicitar el alzamiento del privilegio procesal durante la investigación para obtener medidas cautelares personales.

Si, en cambio, el desafuero o la querrela de capítulos son rechazados, continuará el procedimiento sólo en contra de los no aforados de acuerdo a las reglas generales.

11. Brigada Investigadora Anticorrupción Metropolitana (BRIACMET).

La Brigada Investigadora Anticorrupción Metropolitana (BRIACMET) es la brigada especial de la Policía de Investigaciones (PDI) que apoya las investigaciones de alta complejidad relativa a los principales delitos de corrupción económica, especializando a sus funcionarios en materias de auditoría, contabilidad y análisis financiero. .

Teniendo presente lo anterior, y los recursos humanos limitados con que cuenta la BRIACMET y con la finalidad de instar por una eficiente administración del personal policial especializado, se instruye a los fiscales que, en forma previa a asignar cualquier tipo de investigación a esta brigada especial, deberán observar los siguientes criterios de actuación:

- La asignación y/o derivación de una investigación a la BRIACMET requerirá siempre de una comunicación previa del Fiscal Regional respectivo con la Jefatura Nacional de Delitos Económicos y Medio Ambiente (JENADEM) o con el Jefe de la Brigada Investigadora Anticorrupción Metropolitana.
- Las investigaciones deben referirse a los siguientes delitos: fraude al Fisco, malversación y distracción de caudales públicos, cohecho y soborno doméstico, cohecho a funcionarios públicos extranjeros, negociaciones incompatibles (cometidas por empleados públicos, árbitros o peritos del artículo 240 N° 1, 2, 4 e incisos penúltimo y final., tráfico de influencias, corrupción entre particulares, infracciones a Ley N° 20.393 en relación a los delitos de cohecho activo a funcionarios públicos nacionales y extranjeros, negociaciones incompatibles y corrupción entre particulares.
- Las investigaciones a derivar y/o asignar a la BRIACMET deberán corresponder únicamente a aquellas consideradas de alta prioridad, esto es, que estén dirigidas contra altas autoridades públicas, que causen o puedan causar impacto comunicacional a nivel nacional, o cuyo monto de perjuicio involucrado sea superior a las 400 unidades tributarias mensuales.
- Sólo podrán derivarse y/o asignarse investigaciones cuyo conocimiento sea de competencia de los tribunales de la Región Metropolitana. Excepcionalmente, podrá asignarse a un caso de competencia para las otras regiones del país, para lo cual se instruye a los fiscales canalizar dicha solicitud a través de la Unidad Especializada Anticorrupción (UNAC) de esta Fiscalía Nacional, a fin de realizar la respectiva coordinación con la PDI.

La presente instrucción general sólo alude a aquellas materias en que se ha estimado necesario, por parte de este Fiscal Nacional, impartir criterios de actuación que orienten la actividad de los fiscales en materia de delitos de

corrupción y contra la función pública, en general, de modo de propender eficazmente a la unidad de acción al interior del Ministerio Público.

Por tanto, cualquier materia no tratada en el presente oficio, o bien, cuestiones que surjan en relación al mismo, deberán ser canalizadas a través de la Unidad Especializada Anticorrupción (UNAC) de esta Fiscalía Nacional.

Los fiscales regionales velarán por la correcta y cabal aplicación del presente oficio, con el objeto de uniformar la aplicación e interpretación de la normativa propia de los delitos de corrupción y contra la función pública, en general, de modo que no existan posiciones disímiles sobre la materia en el Ministerio Público.

Saluda atentamente a Uds.,


Este documento ha sido firmado digitalmente
JORGE ABBOTT CHARME
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

JACH/MHS

Cc: Unidad Especializada Anticorrupción
Archivo Gabinete Fiscal Nacional