

**OFICIO FN N° 039/2013**

**ANT.: Oficio FN N°059/2009.**

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

**SANTIAGO, 11 de enero de 2013**

**DE : FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

**A : FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS, ASESORES JURÍDICOS Y ABOGADOS AYUDANTES 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 pública y contribuye, asimismo, a la indispensable unidad de acción al interior de la institución.

Ahora bien, en aras, precisamente, del óptimo cumplimiento de nuestras funciones, resulta indispensable que dichos criterios se encuentren correcta y oportunamente actualizados conforme a la realidad vigente, con el objeto de recoger las modificaciones legislativas, las tendencias jurisprudenciales y el contexto social, entre otros factores que justifican la revisión 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 el anterior, contenido 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, de modo de lograr concretar 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,

aquellos que afectan aspectos patrimoniales y personales de la administración, cometidos por funcionarios públicos, y también aquellos que afectan los mismos aspectos pero cometidos por particulares, o bien, por funcionarios públicos que no actúan en el ejercicio de sus funciones, y que se especifican a continuación:

- 1) Falsificación de instrumentos públicos (Artículos 193 y 194 CP).
- 2) Falsificación de pasaporte o porte de armas (Artículo 199 CP)
- 3) Falsificación de certificados (Artículo 203, 204 y 205 CP)
- 4) Las falsedades vertidas en el proceso y perjurio (Artículos 206, 207, 210 y 212 CP)
- 5) Nombramientos ilegales (Artículo 220 CP)
- 6) Prevaricación judicial (Artículos 223, 224, 225, 226 y 227 CP)
- 7) Prevaricación administrativa (Artículos 228, 229 y 230 CP)
- 8) Malversación de caudales públicos (Artículos 233 a 238 CP)
- 9) Fraude al Fisco (Artículo 239 CP)
- 10) Negociaciones incompatibles (Artículo 240 CP)
- 11) Tráfico de influencias (Artículo 240 bis)
- 12) Exacciones ilegales (Artículos 157 y 241 CP)
- 13) Enriquecimiento ilícito (Art. 241 bis CP)
- 14) Infidelidad en la custodia de documentos (Art. 242, 243 y 244 CP)
- 15) Violación de secretos (Artículos 246 y 247 CP)
- 16) Uso de información privilegiada (Art. 247 bis CP)
- 17) Cohecho (Artículos 248, 248 bis y 249 CP)
- 18) Soborno o cohecho activo (Art. 250 CP)
- 19) Cohecho a un funcionario público extranjero (Artículo 251 bis CP)
- 20) Obstrucción a la investigación (Art. 269 bis CP)
- 21) Obstrucción a la investigación cometida por Fiscales o Abogados Asistentes actuando como fiscales (Art. 269 ter CP)
- 22) Estafa al Fisco (Artículo 470 N° 8 CP)
- 23) Infracciones a Ley N°. 20.393 en relación a los delitos de cohecho activo y cohecho a funcionario público extranjero.
- 24) 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 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. Bien Jurídico Protegido**

Los delitos de que trata este oficio constituyen delitos especiales, tipificados en relación al desempeño de un cargo por parte de un funcionario público, y que buscan proteger el recto ejercicio de la función pública -comprendidas dentro de ella, las administrativas, legislativas y judiciales-, frente a la cual los empleados públicos asumen un deber especial, por la naturaleza de los cargos que detentan y/o por las consecuencias que pueden derivarse de sus actos.

Por ello, sostenemos que el bien jurídico protegido en estos tipos penales es el **correcto funcionamiento de la administración pública**, sin perjuicio que puedan afectarse otros bienes jurídicos como sería el patrimonio, la confianza o fe pública, o la probidad administrativa. Es decir, nos encontramos ante figuras “pluriofensivas”, cuestión que orientará muchos de los criterios que a continuación se expondrán.

### **3. 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 las corporaciones municipales dedicadas al cumplimiento de funciones municipales de educación y salud, 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 contrato de trabajo o contrato a honorarios.

Atendido el desarrollo conceptual de que ha sido objeto el concepto del artículo 260 CP, 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.

### **4. Suspensión de la 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.

Sin duda esta suspensión se produce con la formalización de la investigación, conforme al efecto que expresamente establece la letra a) del Artículo 233 del Código Procesal Penal, no obstante y, conforme a una moderna tendencia jurisprudencial, es posible atribuir el mismo efecto a la interposición de una querrela e, incluso, a la solicitud de audiencia de formalización de la investigación, desde que ella implica la manifestación del persecutor de hacer uso de su facultad privativa de formalizar, sin que, desde ese momento, pueda

atribuírsele inactividad, no siendo resorte de esta institución la fecha en que la audiencia pueda materializarse. **Por tanto, se instruye a los fiscales en orden a argumentar que la prescripción de la acción penal, a lo menos, se ha suspendido con la solicitud de la audiencia de formalización o la interposición de una querrela admitida a tramitación.**

Dentro del ámbito de la especialidad, atendido, por una parte, que los plazos de prescripción, en general, son de cinco años, pues la mayoría de los delitos tiene asignada una pena privativa de libertad de simple delito, (sin perjuicio de las prescripciones especiales de corto tiempo) y, por otra, el hecho de que este tipo de delitos son generalmente denunciados en forma tardía y que las investigaciones pueden prolongarse por un largo tiempo, resulta recomendable solicitar, si se cuenta con los antecedentes, la audiencia de formalización con la debida anticipación, a fin de poder suspender el plazo de prescripción o media prescripción de la acción penal.

## **II. ASPECTOS PROCESALES RELATIVOS A DELITOS DE LA ESPECIALIDAD**

### **1. Querellantes**

En materia de delitos contra la función pública, el inciso 2° del Art. 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 Art. 111.

En los casos en que existan querellantes en las investigaciones de la especialidad, se reitera y especifica lo prevenido en la Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la Etapa de Investigación en el Proceso Penal<sup>1</sup>, en orden a que:

- Los fiscales deberán pronunciarse sobre las diligencias solicitadas por éstos, dentro del plazo de 10 días, notificando de ello a la casilla de correo electrónico que haya sido indicada en la querrela, y

---

<sup>1</sup> Actualmente contenida en el Oficio FN N°. 133/2010, de 31 de Marzo de 2010.

- Que los fiscales deberán comunicar el cierre de la investigación a los querellantes, notificándolos por correo electrónico, a la casilla electrónica indicada en la querella.

## 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 Unidad Especializada Anticorrupción, sino también **investigaciones por delitos del artículo 470 N°8 del Código Penal, 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. 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.

La misma Ley Orgánica antes citada, dispone que el Ministerio Público informará a la brevedad posible al Consejo de Defensa del Estado, los antecedentes relacionados con delitos que pudieran dar lugar a su intervención, pudiendo este último solicitar los antecedentes que estime necesarios para determinar si deduce o no querella. **Para estos efectos, se instruye que deberán informarse al Consejo de Defensa del Estado, todas aquellas investigaciones en que, realizado un análisis primario de los antecedentes, se pueda entender la presencia de un delito de los mencionados en los párrafos anteriores.** Lo anterior, dado que la ley no ha establecido ningún mínimo de “estándar probatorio” respecto a la acreditación concreta del delito investigado, como fundamento de la comunicación al CDE, la que debe, por tanto, realizarse, tras un análisis abstracto relativamente temprano de la calificación jurídica del caso investigado.

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](mailto:cde@cde.cl), que se ha habilitado 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 querrela 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.

Se instruye proceder de la manera antes descrita, especialmente en aquellos casos en que el fiscal estime necesario adoptar la decisión de no perseverar, contemplada en el artículo N° 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 Art. 236 CPP, 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 (art. 222 CPP), 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; de modo tal que, revistiendo ésta 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**

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

Especial relevancia en este ámbito delictivo cobra lo dispuesto en el inciso final del Art. 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 fundamentar las solicitudes de levantamiento de secreto bancario basándose en la normativa de las convenciones internacionales contra la corrupción.

#### **5. Detención en casos de soborno flagrante.**

En casos de cohecho activo flagrante de baja complejidad, a los que antes se ha aludido, cometido por particulares y sin aceptación del empleado público, **se instruye ordenar se mantenga la detención del imputado, y no se proceda a la simple citación, privilegiándose una resolución del asunto en audiencia de control de detención**, salvo que el caso revista caracteres de complejidad que hagan desaconsejable proceder de este modo.

#### **6. 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, conforme a una moderna tendencia jurisprudencial, 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 Art. 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.

## **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 algunos aspectos:

- Tratándose de hechos que hayan sido comunicados al Consejo de Defensa del Estado, de acuerdo con lo precisado en el número 2 del título II del presente oficio, deben agotarse en forma previa a la adopción de esta decisión, todos los medios razonables de investigación.
- Por lo tanto, debe existir una investigación de los hechos denunciados, en que, a lo menos, haya prestado declaración el denunciante, se haya agregado copia del sumario administrativo (o partes relevantes de éste), y existan declaraciones de testigos e informes policiales. Ello, sin perjuicio de todas las otras diligencias que el fiscal estime necesario realizar, incluso un peritaje contable si resulta necesario.
- En los casos por delitos de la especialidad, los archivos provisionales siempre deberán ser aprobados por el Fiscal Regional, salvo en los casos de cohecho activo de baja complejidad.

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.

### **7.2 Decisión de No Perseverar**

Respecto de la facultad contemplada en el Art. 248 letra c) del Código Procesal Penal, esta decisión también deberá ser aprobada previamente por el Fiscal Regional respectivo, salvo en los casos de cohecho activo de baja complejidad.

### **7.3. Facultad de no iniciar investigación.**

El estudio de los antecedentes deberá ser especialmente cuidadoso previo a aplicar la decisión de no iniciar investigación cuando ésta se refiera a actuaciones vinculadas con el patrimonio fiscal y con el actuar de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones.

En esta materia es posible reconocer dos situaciones:

- 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.
- Casos en que se estime se encuentra prescrita la acción penal: generalmente, la decisión debería poder adoptarse con el sólo mérito de la denuncia.

En el primer caso, la decisión de no iniciar investigación deberá ser aprobada por el fiscal regional respectivo, salvo en los casos de cohecho activo de baja complejidad.

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 (Art. 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 afecten 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.**

Esta salida alternativa es jurídicamente aplicable a los delitos de la especialidad, cumpliéndose los requisitos legales, aún sin el consentimiento del Consejo de Defensa del Estado en su calidad de querellante, y sin perjuicio del derecho de este organismo a ser oído, especialmente, para acordar las condiciones que resulten más apropiadas para el Fisco.

**Se instruye en orden a aplicar esta facultad en forma excepcional, limitada y prudente, teniendo especialmente en cuenta la dificultad que representa controlar el cumplimiento de las condiciones de la suspensión.**

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

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.

**En cualquier caso, la decisión deberá ser aplicada directamente por el Fiscal Regional respectivo, con la sola excepción de los casos en que se proceda en audiencia de control de detención por sobornos flagrantes de baja complejidad.**

#### **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.

En efecto, resulta necesario precisar que el delito que pueda cometer un funcionario público afectando al patrimonio del Fisco u otro organismo del Estado, no es de aquellos a que se refiere el artículo 241 CPP pues se trata de una figura “pluriofensiva” que, además de afectar el patrimonio del Estado, compromete el bien jurídico prevalente de la probidad y el correcto desempeño de la función pública, como se anticipó en el punto II.2 de la presente instrucción.

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 afecten el patrimonio fiscal, ante lo cual los fiscales

deben oponerse por las razones antes indicadas, sin perjuicio de comunicarles previamente este planteamiento.

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. Por otra parte, podrá también evaluarse la falta de oposición del Ministerio Público en situaciones absolutamente excepcionalísimas en que, aún siendo el agente un funcionario público, la afectación de los bienes jurídicos protegidos sea de menor intensidad.

En ambos casos, 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, fiscal adjunto del Ministerio Público o abogado asistente de fiscal, actuando funcionalmente como fiscal respecto del delito previsto en el art. 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 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.

En estos casos los fiscales privilegiarán la posición de contar con antecedentes suficientes para sostener una acusación penal, configurándose los elementos necesarios del respectivo tipo penal, oponiéndose a la solicitud de sobreseimiento temporal. Por el contrario, en caso de ser estrictamente necesario para la decisión 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.

Corresponderá a cada fiscal determinar cuándo se encuentra en una u otra situación, 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, en su mayoría, tienen asignadas penas privativas de libertad de simples delitos. No obstante, también llevan aparejada copulativamente, en calidad de pena principal, una pena privativa de derechos, la que tiene carácter de pena de crimen.

El artículo 388 CPP 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 la clasificación de las penas, cuestión recogida actualmente por la mayoría de los tribunales, de modo que no resulta aceptable el argumento consistente en que, la mayoría de estos delitos, al contemplar penas de crimen (privativas de derechos) no hacen procedente el procedimiento aludido.

Por lo anterior, se instruye insistir en la aplicación del 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. Procedimientos especiales: Desafuero y Querrela de Capítulos.**

En nuestro ordenamiento jurídico, el ejercicio de la acción penal en contra de parlamentarios, ex Presidentes de la República, Intendentes, Gobernadores, Presidentes del Consejo Regional, Ministros del Tribunal Constitucional y del Tribunal Calificador de Elecciones, jueces, 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 “Querrela 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 nuevo inciso del 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 art. 269 ter, sino también a las normas del antejuicio “querrela de capítulos” previo a ser acusados por un delito ministerial -como el contemplado en el art. 269 ter-, o previo a la solicitud de medidas cautelares personales en su contra en esta clase de delitos, dado que constituye el estatuto legal para hacer efectiva la responsabilidad criminal de los fiscales aplicable, en su caso, a los asistentes.

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

No obstante, para los amparados por el fuero, 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 querrela 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.

#### **i. Oportunidad para solicitar estos antejuicios.**

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 algunos cuestionamientos que pudieren surgir al solicitar el levantamiento de los privilegios procesales al cierre de la investigación, teniendo presente que no puede acusarse a una persona aforada, sin que previamente se haya resuelto el antejuicio correspondiente, y considerando 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.

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 CPP, 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.

En cambio, no es necesario el desafuero, para proceder a formalizar o solicitar medidas cautelares reales y medidas intrusivas. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al señalar que *“lo que el inciso segundo del artículo 61 de la Carta Fundamental prohíbe mientras la Corte de Apelaciones respectiva en pleno no apruebe previamente el llamado “desafuero” del parlamentario, son dos actuaciones precisas y determinadas: acusar y privar de libertad. Si la Carta Fundamental exige la gestión previa del desafuero para practicar esas dos actuaciones procesales, resulta claro que no las exige para otras”*

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 la petición de desafuero, serán apelables ante la Corte Suprema, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 418 del Código Procesal Penal<sup>2</sup>.

## **ii. Antejuicio en otros procedimientos**

El procedimiento simplificado no contiene norma que regule el tema de los antejuicios, 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 art. 390 inc. 1º, parte final del CPP, 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 Art. 390 inc. 2º del CPP.

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 es posible también 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 a la fiscalía en días posteriores, conforme al procedimiento que establece el inciso 2º del artículo 23 del mismo texto legal,

---

<sup>2</sup> Lo anterior, teniendo presente que el fallo del Excmo. Tribunal Constitucional en causa Rol Nº2067-11-INA, de 05 de junio de 2012, ha sido dictado en uso de las atribuciones del número 6 del artículo 93 de la Constitución Política de la República, y por lo tanto dicha sentencia sólo tiene efectos relativos, dado que el Tribunal Constitucional no se pronunció 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. Consecuencia de lo anterior, es la vigencia del artículo 418 del CPP, norma legal que la fiscalía no puede dejar de aplicar.

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 antejuicios 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 artículo 83 del CPP, 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 CPP, 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 CPP.

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 desaforado. 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 CPP 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.

### iii. Persecución conjunta de aforados e imputados sin privilegios.

Por otra parte, los artículos 422 y 430 del CPP 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.

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.

\*\*\*\*\*

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.,



**SABÁS CHAHUÁN SARRÁS**  
**FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

SCHS/MHS