



## Base de Dictámenes

MUN, funciones, atribuciones, fiscalización guarderías infantiles o after school, locales de expendio y consumo de bebidas alcohólicas, otorgamiento patente comercial, cumplimiento requisitos, distanciamiento establecimientos educacionales, penas de inhabilitación ejercicio oficio o profesión

<b>NÚMERO DICTAMEN</b> E528986N24	<b>FECHA DOCUMENTO</b> 19-08-2024
<b>NUEVO:</b> SI	<b>REACTIVADO:</b> NO
<b>RECONSIDERADO:</b> NO	<b>RECONSIDERADO PARCIAL:</b> NO
<b>ACLARADO:</b> NO	<b>ALTERADO:</b> NO
<b>APLICADO:</b> NO	<b>CONFIRMADO:</b> NO
<b>COMPLEMENTADO:</b> NO	<b>CARÁCTER:</b> NNN
<b>ORIGEN:</b> DIVISIÓN JURÍDICA DIVISIÓN DE GOBIERNOS REGIONALES Y MUNICIPALIDADES	
<b>CRITERIO:</b> GENERA JURISPRUDENCIA	

### DICTAMENES RELACIONADOS

Aplica dictámenes 12500/2002, 12460/2013, 12664/79, 27047/83; Complementa dictamen E26301/2020; Reconsidera parcialmente dictamen 21647/2014

Acción	Dictamen	Año
Aplica	<a href="#">012500N</a>	2002
Aplica	<a href="#">012460N</a>	2013
Aplica	<a href="#">012664N</a>	1979
Aplica	<a href="#">027047N</a>	1983
Complementa	<a href="#">E26301N</a>	2020

Complementaria Reconsidera Parcialmente	LEJOSUN 021647N	2020 2014
---	--------------------	--------------

## FUENTES LEGALES

---

POL art/5 DTO 830/90 relac ley 21430 art/3 ley 21430 art/7 ley 18695 art/4 It/m CPE art/39 bis CPE art/39 ter DL 645/25 art/6 bis inc/1 DL 645/25 art/6 bis inc/2 DL 3063/79 art/23 DL 3063/79 art/26 ley 19925 art/primerero art/8 inc/4 ley 19925 art/primerero art/5 inc/1 DFL 2/2009 educa ley 19925 art/primerero art/3 let/D ley 19925 art/primerero art/3 let/E ley 19925 art/primerero art/3 let/O

## MATERIA

---

Concurrencia de las inhabilidades a que se refieren los artículos 39 bis y 39 ter del Código Penal, por parte de todo el personal que por la naturaleza de sus funciones tenga una relación directa y habitual con niños y niñas, constituye un aspecto que debe ser considerado por la municipalidad al otorgar la patente que ampare el funcionamiento de una guardería infantil y/o “after school” y al ejercer sus atribuciones en materia de protección de la niñez. Distanciamiento previsto en el artículo 8°, inciso cuarto, de la Ley sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas, alcanza a los aludidos recintos.

## DOCUMENTO COMPLETO

---

N° E528986 Fecha: 19-VIII-2024

### I. Antecedentes

Se ha dirigido a esta Contraloría General la Municipalidad de Santiago, solicitando la aclaración del dictamen N° E26301, de 2020, el cual concluyó que, para el otorgamiento de patentes municipales para el ejercicio de actividades que suponen relacionarse con niñas, niños o adolescentes, como es el caso de las guarderías de menores y/o “after school”, es necesario que el municipio adquiera la convicción, en lo que importa, de que el requirente no se encuentra afectado por las inhabilidades de los artículos 39 bis y 39 ter del Código Penal, esto es, inhabilitación absoluta perpetua o temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos que involucren una relación directa y habitual, en lo que interesa, con menores de dieciocho años de edad.

Al respecto, el municipio estima que, para la adecuada protección de los menores, no solo el titular de la patente municipal respectiva debe cumplir con el imperativo de no estar afectado por las referidas inhabilidades, sino que también todo el personal que se dedicará efectivamente al cuidado de los niños y niñas, por lo que el municipio debería poder fiscalizar ese hecho, razón por la cual solicita que el citado dictamen sea aclarado.

Por otra parte, la aludida municipalidad requiere que se determine que la

prohibición del artículo 8°, inciso cuarto, de la Ley sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas, contenida en el artículo primero de la ley N° 19.925 -relativa a la improcedencia del otorgamiento de las patentes de alcoholes que indica a locales ubicados a menos de cien metros de, en lo que importa, establecimientos de educación-, se extiende también a las guarderías infantiles y/o “after school”, no obstante que no tengan el carácter de establecimientos educacionales, lo que incide en la reconsideración del dictamen N° 21.647, de 2014, de cuya conclusión se desprende que dicha norma prohibitiva no alcanzaría a los mencionados recintos de cuidado de menores.

Requeridos sus informes, el Ministerio de Educación, la Defensoría de los Derechos de la Niñez, la Junta Nacional de Jardines Infantiles y el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia cumplieron con remitirlos. En tanto, solicitado el parecer de la Dirección del Trabajo, esta no lo emitió dentro del plazo conferido al efecto.

## II. Fundamento jurídico

Sobre el particular, cabe señalar que el artículo 5° de la Constitución Política dispone que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Carta Fundamental, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada en Chile mediante el decreto N° 830, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores, consagra un conjunto de disposiciones a favor de los niños y niñas, entre las cuales resulta de interés destacar la de su artículo 3°, N° 1, que prescribe que en todas las medidas concernientes a esos sujetos de derecho que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá primordialmente a su interés superior.

Luego, en virtud de lo dispuesto en los N°s. 2 y 3 del mismo artículo, los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, tomando todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas para ese fin, y se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del tal protección y cuidado cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

A su vez, el artículo 19 de la misma normativa dispone que los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, las que deberían comprender, en lo que interesa, procedimientos eficaces para la prevención de tales situaciones.

Por otra parte, el artículo 3° de la ley N° 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, establece en su inciso primero

que en la interpretación de las leyes y normas reglamentarias referidas a la garantía, restablecimiento, promoción, prevención, participación o protección de los derechos del niño, niña o adolescente, se deberá atender especialmente a los derechos y principios contenidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en dicha ley. Añade, su inciso segundo, que tal interpretación deberá fundarse primordialmente en el principio de la aplicación más favorable a la vigencia efectiva del derecho conforme al interés superior del niño, niña o adolescente, y se aplicará de forma prevaleciente y sistemática.

En relación con lo anterior, el artículo 7° de la misma ley establece, en su inciso primero, que el interés superior del niño, niña y adolescente es un derecho, un principio y una norma de procedimiento, que se basa en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta, agregando su inciso tercero que, ante distintas interpretaciones, siempre se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el aludido interés superior.

En tanto, el artículo 4°, letra m), de la ley N° 18.695, contempla entre las funciones que las entidades edilicias pueden desarrollar, en el ámbito de su territorio, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, aquellas relacionadas con la promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la prevención de vulneraciones de derechos y la protección general de los mismos.

Luego, en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 bis del Código Penal, la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos que involucren una relación directa y habitual, en lo que interesa, con personas menores de edad, prevista en el artículo 372 del mismo cuerpo normativo, produce la privación de dichos cargos, empleos, oficios o profesiones que tenga el condenado y la incapacidad para obtenerlos, perpetuamente.

A su turno, el artículo 39 ter previene que la pena de inhabilitación absoluta, perpetua o temporal, para esa misma clase de cargos, empleos, oficios o profesiones, prevista en el artículo 403 quáter de ese código, produce la privación de estos que el condenado tenga y la incapacidad para obtenerlos, perpetua o temporalmente, según sea el caso.

Cabe hacer presente que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6° bis, inciso primero, del decreto ley N° 645, de 1925, sobre el Registro General de Condenas y el Registro Seccional de Inhabilitaciones, es posible solicitar información acerca de si una persona se encuentra afecta a alguna de las inhabilitaciones establecidas en los artículos 39 bis y 39 ter del Código Penal, con el fin de contratarla o designarla para algún empleo, cargo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual, en lo que interesa, con menores de dieciocho años de edad, o para cualquier otro fin similar.

Agrega el inciso segundo del mismo artículo 6° bis que toda institución, pública o privada, que por la naturaleza de su objeto o el ámbito específico de su actividad requiera contratar o designar a una persona determinada para algún empleo,

cargo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual, en lo que importa, con menores de dieciocho años de edad, deberá, antes de efectuar dicha contratación o designación, solicitar la información a que se refiere el inciso anterior.

Por otra parte, según los artículos 23 y 26 del decreto ley N° 3.063, de 1979, Ley de Rentas Municipales, el ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, está sujeta a una contribución de patente municipal, autorización que la entidad edilicia otorgará una vez que el contribuyente hubiere acompañado todos los permisos requeridos o la municipalidad hubiere verificado por otros medios el cumplimiento de aquellos, tanto de orden sanitario, como de emplazamiento, o de otros permisos que leyes especiales les exigieren, según sea el caso.

En tanto, el artículo 8°, inciso cuarto, de la Ley sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas -contenida en el artículo primero de la ley N° 19.925-, dispone que no se concederán patentes para el funcionamiento de los establecimientos del artículo 3°, letras D) -cabarés o peñas folclóricas-; E) -cantinas, bares, pubs y tabernas-; y O) -salones de baile o discotecas-, y de locales que expendan bebidas alcohólicas para ser consumidas fuera del respectivo recinto, que estén ubicados a menos de cien metros de establecimientos de educación, de salud o penitenciarios, de recintos militares o policiales, de terminales y garitas de la movilización colectiva.

Finalmente, el artículo 5°, inciso primero, de la misma ley, previene que las patentes de alcoholes se concederán en la forma que determina dicha normativa, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del decreto ley N° 3.063, de 1979, y de la ley N° 18.695, en lo que fueren pertinentes.

### III. Análisis y conclusión

#### a) Sobre la fiscalización de los municipios respecto de las guarderías infantiles y/o "after school"

Como puede advertirse, las normas del Código Penal citadas impiden que las personas condenadas a las penas que indican puedan desempeñarse en un empleo que involucre una relación directa y habitual con niños, niñas y adolescentes.

Ahora bien, es del caso aclarar que las guarderías infantiles y/o "after school" son entidades que no tienen el carácter de establecimientos educacionales con reconocimiento oficial del Estado -en los términos previstos en el decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación-, por lo que su funcionamiento no está bajo el ámbito de competencia de esa cartera de Estado, como tampoco de la superintendencia del ramo.

No obstante, procede señalar que las municipalidades cuentan con atribuciones para promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes, prevenir su vulneración y protegerlos en general.

Además, cabe recordar que el ejercicio de la actividad lucrativa desarrollada por las guarderías infantiles y/o "after school" se encuentra sujeta a una patente

las guarderías infantiles y/o after school se encuentra sujeto a una patente municipal, la que es otorgada por la entidad edilicia en la medida que le conste que el contribuyente cumple con todas los permisos requeridos al efecto, resultando del caso hacer presente que con ocasión de la renovación de la patente -cuya duración es anual-, el municipio debe verificar si se mantiene o no la observancia de los apuntadas exigencias (aplica dictámenes N°s. 12.500, de 2002, y 12.460, de 2013).

Ahora bien, en atención al objeto de la actividad inherente a las guarderías infantiles y/o “after school”, dichos establecimientos están obligados a requerir la información relativa a si las personas contratadas o que vayan a contratar para desarrollar labores que impliquen una relación directa y habitual con menores de edad, se encuentran o no afectas a las inhabilidades contempladas en los artículos 39 bis y 39 ter del Código Penal, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° bis, inciso segundo, del decreto ley N° 645, de 1925.

En este contexto, tal información debe ser requerida por la municipalidad a las guarderías infantiles y/o “after school” por aplicación del artículo 26 del decreto ley N° 3.063, de 1979, tanto al momento de la obtención de la patente municipal respectiva como al proceder a su renovación, pues si bien formalmente no reviste el carácter de un permiso, en la práctica se trata de información que resulta indispensable para verificar el cumplimiento de una exigencia prevista en una ley especial, como lo es la contenida en los artículos citados en el párrafo precedente.

Asimismo, desde la perspectiva de los artículos 3° y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 7° de la ley N° 21.430; y 4°, letra m), de la ley N° 18.695, el municipio tiene la potestad para requerir que la aludida información le sea presentada en cualquier momento, en ejercicio de su atribución de protección de los derechos de la niñez y de prevención de su vulneración.

En consecuencia, la no concurrencia de las inhabilidades para ejercer cualquier cargo, empleo, oficio o profesión que involucre una relación directa y habitual con niños y niñas, a que se refieren los artículos 39 bis y 39 ter del Código Penal, constituye un aspecto que debe ser considerado por la municipalidad en el marco del ejercicio de sus atribuciones, en relación con el funcionamiento de un establecimiento no educacional dedicado al cuidado de niños y niñas, como lo es una guardería infantil y/o “after school”, procediendo que exija que se le acredite que todo el personal que, por la naturaleza de sus funciones, tenga una relación directa y habitual con los niños y niñas no está afectado por las mencionadas inhabilidades, en los términos del artículo 6° bis del decreto ley N° 645, de 1925.

Se complementa el dictamen N° E26301, de 2020, en los términos anotados.

b) Sobre el distanciamiento entre las guarderías infantiles y/o “after school” y los locales de expendio y consumo de bebidas alcohólicas que indica

Según el tenor del artículo 8°, inciso cuarto, de la Ley sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas, cabe indicar que el distanciamiento mínimo a que esa norma se refiere es exigible, en lo que interesa, respecto de establecimientos educacionales, carácter que, como se ha señalado, no poseen las guarderías infantiles y/o “after school”.

No obstante, se debe hacer presente que los dictámenes N°s. 12.664, de 1979, y 27.047, de 1983, con ocasión de consultas relativas a si determinados establecimientos podían entenderse como educacionales para los efectos de la exigencia de distanciamiento de que se trata, concluyeron, en lo que interesa, que el legislador ha empleado el concepto de establecimientos de educación en su más amplia acepción, y que el espíritu de la norma ha sido considerar a instituciones que, por su naturaleza, congregan a menores de edad, a fin de que éstos no se vean perjudicados por los efectos y alteraciones que puede producir el consumo de alcohol, en atención a la vecindad de los recintos que lo expenden.

Así, si bien la disposición en comento prohíbe el otorgamiento de cierto tipo de patentes de alcoholes cuando el local respectivo se encuentre a menos de cien metros de un establecimiento educacional, ésta tiene su fundamento en la protección que el legislador le otorga a los niños, niñas y adolescentes, por lo que su interpretación debe efectuarse de la forma en que el resguardo de su interés superior sea más efectivo, por aplicación de los artículos 3° y 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3° y 7° de la ley N° 21.430; 4°, letra m), de la ley N° 18.695; y 5° de la Ley sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas.

Por consiguiente, en mérito de lo expuesto, se concluye que para el otorgamiento de patentes de alcoholes que amparen el funcionamiento de los establecimientos clasificados en las letras D), E) y O) del artículo 3° de la Ley sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas, y de locales que expendan bebidas alcohólicas para ser consumidas fuera del respectivo local, las municipalidades se encuentran en el imperativo de verificar que aquellos no se ubiquen a menos de cien metros de una guardería infantil y/o “after school”, considerando que se trata de recintos dedicados al cuidado de niños y niñas.

Se reconsidera, en lo pertinente, el dictamen N° 21.647, de 2014, en los términos anotados.

Saluda atentamente a Ud.,

Dorothy Pérez Gutiérrez

Contralora General de la República (S)

