

CONCEPTO ICBF No. 05

Fecha: 2021/05/28

Asunto: ¿Es válido continuar efectuando la verificación del registro de inhabilidades por delitos sexuales teniendo en cuenta la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-407 de 2020?

Respetado xxxxxxxxxx

De acuerdo con la solicitud remitida a la Oficina Asesora Jurídica a través de correo electrónico de 19 de febrero de 2021 y la solicitud de ampliación de plazo para contestar la consulta informada a través del memorando 20211040000041873 de 13 de abril de 2021, de manera atenta, y de conformidad con lo señalado en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, la Ley 1755 de 2015, y el numeral 4 del artículo 6° del Decreto 987 de 2012, procedo a dar respuesta a la consulta sobre el caso en cuestión, en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico de fecha 19 de febrero de 2021, la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, recibió por parte del Coordinador del Grupo Jurídico de la Regional Antioquia solicitud de concepto para establecer, si en los tramites de reconocimiento de personería jurídica y renovación de licencias de funcionamiento, debe solicitarse la autorización expresa para realizar la consulta de inhabilidades por delitos sexuales de los miembros de la Junta Directiva de las entidades que hacen o pretenden hacer parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

La consulta se realiza teniendo en cuenta el trámite de renovación de licencias de funcionamiento a entidades que prestan sus servicios en las distintas modalidades de protección, donde según la regional se ha solicitado a los operadores remitir el formato de autorización para consultar el registro de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra menores de edad (creado por la Ley 1918 de 2018¹) debidamente diligenciado por los miembros de las juntas directivas de las entidades que hacen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (en adelante SNBF). Señala la regional que, frente a este punto recibió respuesta de una de ellas manifestando que los miembros de junta directiva no se encuentran dentro de los cargos objeto de inhabilidad establecidos en el artículo 1 del Decreto 753 de 2019² y tampoco tienen un trato habitual y directo con los menores de edad.

¹ "Por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones"

² Por medio del cual se reglamenta la Ley 1918 de 2018

Por otra parte, a través de la sentencia C-407 de 2020, la Corte Constitucional declaró inexecutable los siguientes apartes de la Ley 1918 de 2020: **1.** La expresión “en los términos que establezca el instituto Colombiano de Bienestar Familiar o quien haga sus veces” del artículo 1; **2.** El artículo 2 en su totalidad; y **3.** La expresión “por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar” del artículo.

II. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es válido continuar efectuando la verificación del registro de inhabilidades por delitos sexuales teniendo en cuenta la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-407 de 2020?

III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta al problema jurídico se expone lo siguiente:

1. La Ley 1918 de 2018 y su Decreto reglamentario 753 de 2019

La Ley 1918 de 2019 básicamente tiene dos objetos: por un lado, establece un régimen de inhabilidades e incompatibilidades de quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores de edad, y, por otra parte, dispone crear un registro de inhabilidades, cuya base de datos es administrada por el Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

La Ley mencionada estipula como deber de las entidades públicas y privadas, verificar que en los procesos de selección de personal para los cargos que involucren relación directa y habitual con menores de edad, no exista inscripción en dicho registro (esta verificación debe realizarse contando con el consentimiento del aspirante de acuerdo con la Ley 1581 de 2012). Así mismo, el artículo 5 establece sanciones que van de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes por la omisión al deber de verificación, sanciones que eventualmente deben ser proferidas por el ICBF en aplicación del procedimiento administrativo sancionatorio señalado en la Ley 1437 de 2011.

Por su parte, el Decreto 753 de 2019 en acatamiento de los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 1918 de 2018, estableció, entre otros asuntos, la definición de cargos, oficios o profesiones que involucran una relación directa y habitual con niños, niñas y adolescentes, como “aquellos desarrollados en los ámbitos: educativo, recreativo de cuidado, protección, asistencia, salud, nutrición, bienestar, cultural, religioso, seguridad, entre otros que puedan implicar un trato directo y habitual con los niños, niñas y adolescentes” (subraya fuera de texto). Y posteriormente, señaló un listado de algunos cargos, profesiones u oficios (de manera enunciativa) que pueden ser objeto de la inhabilidad estipulada en la Ley 1918 de 2018.

Aunado a lo anterior, el Decreto 753 de 2019 reitera la obligación de las entidades públicas y privadas de verificar el registro de personas condenadas por delitos sexuales y desarrolla la competencia sancionatoria del ICBF respecto de las entidades que omitan esta obligación.

2. La sentencia C-407 de 2020

A continuación, procedemos a analizar el fallo de la Corte en relación con las disposiciones declaradas inexequibles con la finalidad de establecer su alcance respecto de la aplicación de la Ley 1918 de 2018 y el Decreto 753 de 2019. Así las cosas tenemos:

ARTÍCULO 1. Adiciónese el artículo 219 C a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra menores: Las personas que hayan sido condenados por la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de persona menor de 18 años de acuerdo con el Título IV de la presente ley; serán inhabilitadas para el desempeño de cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad en los términos que establezca el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o quien haga sus veces.³

La principal razón por la cual la Corte invalidó el aparte subrayado se sustenta en la aplicación del principio de legalidad, en los siguientes términos:

“[L]a competencia para “definir aquellos cargos, oficios o profesiones que teniendo una relación directa y habitual con menores de edad son susceptibles de aplicación de la inhabilitación por delitos sexuales cometidos contra menores” no puede ser ejercida por el ICBF sino por el Congreso de la República”⁴.

Siguiendo esa misma línea argumentativa, el órgano constitucional declaró inexequible en su totalidad el artículo 2 ibídem que señalaba:

ARTÍCULO 2. Delimitación de cargos, oficios o profesiones. Corresponde al Gobierno nacional a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), definir aquellos cargos, oficios o profesiones que teniendo una relación directa y habitual con menores de edad son susceptibles de aplicación de la inhabilitación por delitos sexuales cometidos contra menores; en un término inferior a 6 meses contados a partir de la vigencia de la presente ley.

Igualmente, la Corte declaró inexequible la frase que se subraya a continuación del artículo 4:

ARTÍCULO 4. Deber de verificación. Es deber de las entidades públicas o privadas, de acuerdo a lo reglamentado por el Gobierno Nacional, verificar, previa autorización del

³ Ordinal primero de la parte resolutoria. Por otra parte, para efectos informativos, es importante señalar que la parte no subrayada del artículo fue declarada condicionadamente exequible, “en el entendido que la duración de la pena accesoria referida en la mencionada disposición, deberá sujetarse a los límites temporales que para dichas penas establezca el Código Penal”

⁴ Sentencia C-407 de 2020, consideración 71.

aspirante, que este no se encuentra inscrito en el registro de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra personas menores edad, en el desarrollo de los procesos de selección de personal para el desempeño de cargos, oficios, profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores previamente definidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La “ratio decidendi” de esta sentencia enfatiza en la falta de competencia de órganos distintos al Congreso de la República para definir cargos, oficios o profesiones que sean objeto de inhabilidad en virtud de una condena por la comisión de algún delito sexual contra un menor de edad y la subsecuente violación del principio constitucional de legalidad. En tal sentido, procedemos a citar un extracto de la sentencia que sustenta esta afirmación:

“71. Visto lo anterior, es claro para la Corte que la competencia otorgada por el artículo 1° de la Ley 1918 de 2018 al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, tal y como señalaron los demandantes, desconoce el principio de legalidad (artículo 29 C.Pol), pues la competencia para “definir aquellos cargos, oficios o profesiones que teniendo una relación directa y habitual con menores de edad son susceptibles de aplicación de la inhabilidad por delitos sexuales cometidos contra menores” no puede ser ejercida por el ICBF sino por el Congreso de la República.

72. Como se explicó, la imposición de los tipos y sanciones penales ostentan una reserva legislativa, por lo que les está vedado a las autoridades administrativas definir las conductas prohibidas por vía del derecho penal, como sucede con la pena accesoria de inhabilidad a la que se refiere la norma demandada. Para la Corte es claro que el legislador es quien tiene la competencia para establecer las penas accesorias, en razón de la voluntad del constituyente primario. (subrayado fuera de texto)

3. Análisis del asunto en concreto

Como se ha podido observar, las inexecutableidades declaradas por la Corte en la sentencia C-407 de 2020, obedecen a la competencia exclusiva del legislador para señalar los cargos, oficios o profesiones afectos a la inhabilidad, estando esta potestad vedada a las autoridades administrativas. En ese orden de ideas, existe una evidente incompatibilidad entre la sentencia C-407 de 2020 y el Decreto 753 de 2019.

En el caso que nos ocupa, las consideraciones 71 y 72 de la sentencia C-407 de 2020 constituyen ratio decidendi por las siguientes razones: (i) se indica que la norma examinada viola el principio de legalidad, pues la competencia para establecer que cargos, profesiones u oficios son susceptibles de inhabilidad recae exclusivamente en el Congreso de la República y no en el ICBF; (ii) la Corte reafirma que la facultad de señalar aquellos empleos está vedada a autoridades administrativas, es decir, fija una regla de prohibición, ya que solo el legislador está facultado para adoptar una medida en tal sentido; y (iii) la Corte responde al problema jurídico formulado al principio del fallo el cual dividió en cuatro puntos, uno de los cuales consiste en establecer si las disposiciones demandadas afectan el debido proceso (artículo 29 de la Constitución),

concluyendo que efectivamente hay una afectación por la vulneración del principio de legalidad al otorgársele al ICBF una función que solo le compete al legislador y en ningún caso a una autoridad administrativa, como ya hemos mencionado.

La Corte en sentencia C-539 de 2011 se ha referido a la fuerza vinculante la ratio decidendi afirmando:

“(…) la ratio decidendi, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma”.

En síntesis, es necesario aplicar lo señalado en la sentencia C-407 de 2020, incluyendo la parte motiva, especialmente, las razones que llevaron a la Corte a declarar inexecutable los fragmentos aludidos en el segundo acápite de este concepto.

Bajo esa lógica, al existir una incompatibilidad evidente entre la sentencia precitada y el Decreto 753 de 2019, inferimos la inconstitucionalidad de este acto administrativo y en ese sentido consideramos necesario tener en cuenta el siguiente apartado de la Constitución Política:

“ARTÍCULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

El artículo 4 superior señala el principio de supremacía constitucional, el cual establece la obligación para autoridades públicas de aplicar de manera prevalente la Constitución sobre otras normas que sean incompatibles con esta. Así, en el caso que nos ocupa, la Corte Constitucional estableció que la facultad para establecer los cargos, oficios o profesiones que pueden ser objeto de una inhabilidad solo le compete al Congreso de la República, por tratarse de un asunto que tiene reserva legal en aplicación del principio de legalidad tal y como enunciamos en el acápite precedente, de acuerdo a las funciones emanadas del artículo 150 de la Constitución Política. En ese orden de ideas habría lugar a la aplicación de una excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 1 del Decreto 753 de 2019⁵. Valga la pena acotar que la figura de la excepción de inconstitucionalidad ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de la Corte, quien en varias ocasiones se ha referido a la potestad que tienen las autoridades judiciales, administrativas, e incluso particulares que están en ejercicio de la función pública de inaplicar normas que en casos concretos puedan ser entendidas como inconstitucionales. Sobre dicha figura en la sentencia SU-132 de 2013 afirmó:

⁵ Este artículo señala el listado de cargos oficios o profesiones sobre los cuales aplica la inhabilidad establecida en la Ley 1918 de 2018.

“la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”

De igual manera en sentencia T-681 de 2016, la Corte indicó que la excepción de inconstitucionalidad puede ser ejercida cuando operan las siguientes circunstancias:

“(i) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que “de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompañarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado;

(ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso; o,

(iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental. En otras palabras, “puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales.” (Subraya fuera de texto)

En el caso objeto de consulta, la aplicación del Decreto 753 de 2019 se ampara en una disposición declarada inexecutable por la Corte Constitucional por las razones que ya han sido expuestas con anterioridad. De tal modo que al carecer de fundamento constitucional se hace inviable la aplicación de aquel acto administrativo, mucho más cuando la razón de la inconstitucionalidad subyace de la incompatibilidad con la reserva de ley⁶ para regular determinados aspectos.

Así las cosas, el artículo 1 del Decreto 753 de 2019, que definió los cargos, oficios o profesiones objeto de inhabilidad por la comisión de delitos sexuales contra menores de edad jurídicamente es inaplicable, pues como señaló la Corte en el fallo anteriormente aludido, aquella competencia

⁶ Sobre la reserva de ley la Corte Constitucional en sentencia C-507 de 2014 precisó: *“la expresión reserva de ley se utiliza como sinónimo de principio de legalidad, o de cláusula general de competencia del Congreso, la reserva de ley equivale a indicar que en principio, todos los temas pueden ser regulados por el Congreso mediante ley, que la actividad de la administración (a través de su potestad reglamentaria) debe estar fundada en la Constitución (cuando se trate de disposiciones constitucionales con eficacia directa) o en la ley (principio de legalidad en sentido positivo).”*

le pertenece exclusivamente al Congreso de la República y no a las autoridades administrativas.

Ahora bien, como se advirtió anteriormente, el artículo 4 de la Ley 1918 que establece el deber de entidades públicas y privadas de verificar el registro de inhabilidades por delitos sexuales contra menores de edad también fue declarado parcialmente inexecutable en el aparte que establecía la competencia del ICBF para definir los cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad y que fueran afectos de la inhabilidad. Al respecto, cabe preguntarse si la sentencia C-407 de 2020 afecta el deber de verificación a cargo de las mencionadas entidades. En concepto de esta Oficina Asesora Jurídica, la respuesta a este interrogante es afirmativa por lo siguiente.

El deber de verificación establecido en el artículo 4 de la Ley 1918 tiene como objetivo evitar que personas que hayan cometido delitos sexuales contra personas menores de edad puedan ser vinculados en el desempeño de cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con estos. Debe tenerse en cuenta que la propia ley ha condicionado la aplicación de la inhabilidad a que los cargos, oficios o profesiones “**estén previamente definidos**”. Además, ya que la Corte Constitucional reafirmó que aquella facultad solo le pertenece al legislador en virtud del principio de reserva de ley, de manera que hasta tanto el Congreso no regule lo pertinente, no es posible verificar el mencionado registro en relación con ocupaciones que no han sido señaladas de manera taxativa por ese órgano. De igual modo, es preciso anotar que las normas que establecen regímenes de inhabilidades deben interpretarse de manera restrictiva⁷, razón por la cual no es factible extender el alcance del Decreto 753 de 2019 a los cargos, oficios y/o profesiones allí señalados, pues ello contraría garantías constitucionales reconocidas a nivel jurisprudencial.

Al haberse declarado la inexecutable frente a la facultad del ICBF o de las autoridades administrativas en general para definir dichos perfiles, se genera un vacío normativo que no permite verificar los aspirantes a un cargo, oficio o profesión que resultan afectos de la inhabilidad. Esto, debido a que la definición de los cargos, oficios, profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad que se encontraba a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un presupuesto normativo para determinar frente a cuáles perfiles, tanto las entidades públicas como privadas, debían realizar la consulta del registro.

En consecuencia, en respuesta al problema jurídico propuesto en este caso, esta Oficina Jurídica considera que de momento no es exigible jurídicamente la obligación de permitir la verificación del registro de ofensores sexuales contra menores de edad por parte de miembros de juntas directivas de entidades que presten servicios de bienestar familiar, como tampoco lo es el verificar dicho registro por parte de la entidad, hasta tanto el legislador no regule la materia.

Finalmente, estimamos necesario informar que el ICBF ha solicitado a la Corte Constitucional aclarar y adicionar la sentencia C-407 de 2020, frente a algunos vacíos que se observan en el

⁷ Con relación a este punto la Corte Constitucional en sentencia C-908 de 2008 concluyó: “También, ha señalado esta corporación que, por la índole excepcional de las inhabilidades e incompatibilidades, las normas que las contemplan deben ser interpretadas y aplicadas con un criterio restrictivo y, por ende, con exclusión de un criterio extensivo.”

fallo, por lo cual, eventualmente el sentido de la respuesta a esta consulta podría cambiar más adelante.

IV. CONCLUSIÓN Y RESPUESTA A LA CONSULTA

En virtud de lo expuesto, la Oficina Asesora Jurídica considera que no es exigible el deber de tramitar la autorización de los miembros de juntas directivas de entidades que hacen parte del SNBF o pretenden hacer parte de él para efectuar la consulta del registro de ofensores sexuales contra menores de edad, debido a la incompatibilidad del artículo 1 del Decreto 753 de 2019 con la Constitución Política, por lo cual debe operar la excepción de inconstitucionalidad respecto de aquella norma, teniendo en cuenta la decisión adoptada por la Corte Constitucional en sentencia C-407 de 2020.

Cordialmente,

ÉDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica