COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/1053/12

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/1053/12
Expediente	—
Fecha	2004-03-31
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	JORGE IGNACIO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Demanda De Inconstitucionalidad Por Omision Legislativa Relativa
- Proteccion Constitucional Del Derecho A La Participacion
- Derecho A La Participacion
- Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio
- Consejo Directivo Del Fondo Nacional De Prestaciones Sociales
- Vulneracion Del Principio De Igualdad

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Legislativo por violación del principio de igualdad sólo procede: a) cuando se está frente a un tratamiento desigual, sin ninguna razón que lo permita; b) cuando se está en presencia de un tratamiento igual, habiendo una razón que lo

Texto completo

C-1053-12 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia C-1053/12 NORMA SOBRE CREACION DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- Conformación del consejo directivo OMISION LEGISLATIVA RELATIVA- Jurisprudencia constitucional DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA - Cumplimiento de los requisitos señalados por la Corte Constitucional PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PARTICIPACION - Contenido y alcance/ DERECHO A LA PARTICIPACION- Instrumentos internacionales DERECHO DE PARTICIPACION- Importancia/ DERECHO A LA PARTICIPACION - Alcance en la jurisprudencia constitucional FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - Objetivo CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES - Integración VULNERACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD- Requisitos para que proceda control Un control sobre el legislativo por violación del principio de igualdad sólo procede: a) cuando se está frente a un tratamiento desigual, sin ninguna razón que lo permita; b) cuando se está en presencia de un tratamiento igual, habiendo una razón que lo obstaculice.

CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES- Tratamiento desigual constituido por la representación de los docentes activos y la imposibilidad de que en el mismo participen los ex docentes pensionados DERECHO DE PARTICIPACION- Vulneración CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES- No existe justificación para que los ex docentes pensionados tengan un

trato discriminatorio y no se les permita participar dentro del consejo que toma decisiones que los afectan DERECHO DE PARTICIPACION - Manifestación del principio democrático PRINCIPIO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO Y LA NATURALEZA EXPANSIVA DEL PRINCIPIO DEMOCRATICO- Implican que las garantías democráticas, como el derecho a la participación, irradian todos los derechos fundamentales PARTICIPACION DE LAS PERSONAS INTERESADAS EN RESULTADO DE PROCESO DE TOMA DE DECISIONES - Importancia dentro de los principios democráticos a que se refiere el artículo 39 de la Constitución Política LIBERTAD DE ASOCIACION SINDICAL Y EL DERECHO A LA PARTICIPACION - Relación DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL - Fundamental para el desarrollo del contenido democrático del Estado Social de Derecho CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES- Integración contenida en el artículo 6 de la ley 91 de 1989 vulnera los derechos a la igualdad y a la participación de los ex docentes pensionados CONFORMACION DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES- Déficit de protección de los ex docentes pensionados CORTE CONSTITUCIONAL - En virtud del principio democrático no es competente para definir la composición específica del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales EXHORTO AL CONGRESO- Objeto /REPRESENTACION DE EX DOCENTES PENSIONADOS EN CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- Exhorto al Congreso de la República Referencia: expediente D-9045 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6° de la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

Actor: Cristóbal Hernández. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil doce (2012) La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo -quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alexei Egor Julio Estrada, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes:

1. ANTECEDENTES En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Cristóbal Hernández demandó el artículo 6° de la Ley 91 de 1989, por considerar que vulnera los artículos 1°, 2°, 4°, 13, 16, 29, 38, 40, 46, 53, 93 y 103 de la Constitución Política.

Por medio de Auto del tres (03) de mayo de dos mil doce (2012), el Magistrado Sustanciador inadmitió la demanda por considerar que la misma no cumplía con los requisitos mínimos señalados en el Decreto 2067 de 1991 y en la jurisprudencia constitucional para el efecto.

Teniendo en cuenta que dentro del término de ejecutoria, el demandante presentó escrito de corrección, en el cual se evidenció que el defecto identificado en el auto inadmisorio había sido subsanado, mediante auto del veintidós (22) de junio de dos mil doce (2012) se admitió la demanda, al considerar que reunía los requisitos exigidos por el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991.

1.1. NORMA DEMANDADA A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 39.124 del veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989):

“ Ley 91 de 1989 (Diciembre 29) “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” Artículo 6. En el contrato de fiducia mercantil a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley, se preverá la existencia de un Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, integrado por los siguientes miembros:

1. El Ministro de Educación Nacional o el Viceministro, quien lo presidirá. 2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado. 3. El Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado.

4. Dos representantes del magisterio, designados por la organización gremial nacional que agrupe el mayor número de asociados docentes. 5. El Gerente de la entidad fiduciaria con la cual se contrate, con voz pero sin voto." 1.2.

LA DEMANDA El ciudadano Cristóbal Hernández interpuso acción pública de inconstitucionalidad contra el contenido normativo del artículo 6° de la Ley 91 de 1989 al considerar que es incompatible con los artículos 1°, 2°, 4°, 13, 16, 29, 40, 46, 93 y 103 de la Constitución Política, con fundamento en lo siguiente:

1.2.1. Señala que el artículo 6º de la Ley 91 de 1989 vulnera el derecho a la igualdad de los ex docentes pensionados, pues no consagra que deban tener representación en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que se encarga de pagar sus prestaciones económicas de retiro y las obligaciones relacionadas con su salud, dejando la decisión sobre las mismas a una organización gremial que no los representa.

1.2.2. Afirma que se incurrió en una omisión legislativa cometida al no haberse incluido a docentes pensionados activos y a ex docentes pensionados dentro del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vulnerando su derecho a participar en órganos que adoptan determinaciones que los afectan directamente.

1.2.3. Manifiesta que la composición actual del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no es equitativa, pues dentro del mismo se incluyen cuatro (4) representantes directos del Estado (el Ministro de Educación Nacional o el Viceministro, el Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado y el Gerente de la entidad fiduciaria con la cual se contrate, con voz pero sin voto) mientras que los docentes solamente tienen dos (2) representantes, lo cual evidencia un desequilibrio que afecta sus intereses.

1.2.4. En este sentido, según el demandante esta situación ha afectado la progresividad de sus derechos pensionales, para lo cual coloca como ejemplo que desde el mes de octubre de 2011 la mesada se les cancela cinco (5) días más tarde de lo normal, afectándose su mínimo vital como personas de la tercera edad.

1.2.5. Aduce que de acuerdo a lo señalado en el artículo 13 de la Constitución, el Estado debe velar porque las condiciones de igualdad sean realizables, protegiendo con acciones positivas a todos aquellos miembros que requieran un tratamiento especial por encontrarse en condiciones físicas o económicas particulares.

1.2.6. Considera que la norma trasgrede su derecho a la participación de acuerdo con el cual, todo ciudadano tiene derecho a elegir y a ser elegido y a participar de manera directa o indirecta en las decisiones que lo afectan, reiterando que los hoy ex docentes pensionados, miembros retirados voluntariamente y por la fuerza de la ley del ejercicio de la profesión de la enseñanza no tienen una representación ante el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1.2.7. Señala que cuando la norma hace referencia a representantes del magisterio se dirige a miembros activos o docentes en ejercicio, pues no necesariamente dentro del ramo magisterial existen organizaciones que asocien o agrupen a organizaciones de pensionados o ex docentes. En este sentido, en la actualidad, los dos (2) miembros del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pertenecen a la Federación Colombiana de Educadores (FECODE), ente sindical que agremia a organizaciones de educadores en su Junta Nacional pero no agremiaciones de ex docentes (pensionados), por lo que en la actualidad los más de ciento veintisiete mil (127.000) ex docentes pensionados a quienes el Fondo Nacional debe pagar sus prestaciones sociales sólo se encuentran representados por docentes en ejercicio, cuyos intereses no siempre son concurrentes.

1.2.8. En escrito del 10 de mayo de 2012, el demandante explicó de manera concreta la forma como considera que se vulneran los artículos de la Constitución que considera infringidos:

1.2.8.1. Expresa que se vulnera el artículo 1º de la Constitución Política, pues el mismo señala que el modelo de sociedad adoptado por nuestro país debe ser democrático, participativo y pluralista, principios que se violan al no permitirse la participación de más de ciento cuarenta mil (140.000) ex docentes en el órgano que decide sobre sus prestaciones y de manera fundamental sobre su salud, temas que son abordados por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1.2.8.2. Afirma que se vulnera el artículo 2º de la Constitución pues la norma demandada no facilita la participación de todos en las decisiones que los afectan, tal como exige esta disposición constitucional:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

1.2.8.3. Manifiesta que la norma vulnera lo dispuesto por el artículo 4º de la Constitución Política, pues en aplicación de la Carta Política deben realizarse acciones afirmativas que permitan la equidad en la configuración del Consejo Directivo del Fondo.

1.2.8.4. Aduce que se desconoce el derecho a la igualdad, pues de la lectura de la totalidad del artículo no se establece la vinculación de miembros de la tercera edad, pensionados ex docentes, que no pertenecen al magisterio. En este sentido señala que según el artículo 13 de la Constitución “debe protegerse de manera especial a aquellos que por sus condiciones no tienen la posibilidad de lograr por sus propios medios a efecto de lograr la igualdad material, que es lo que se solicita con la acción presentada que la conformación del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio responda a una estructura tripartita, integrada por empleador, empleados y pensionados ex docentes a efecto de lograr que las decisiones tomadas cumpla con la validez y eficacia que debe tener toda norma; y es válida al ser tomada por un órgano democrático que integre todas las vertientes que se verán afectadas positiva o negativamente por sus decisiones” [1] .

1.2.8.5. Señala que se afecta el artículo 16 de la Constitución “al no permitirse por omisión que las decisiones tomadas por un órgano directivo, se realicen con la participación de todas las partes que se vean afectadas por los efectos de la misma, pues no se permite la realización de seres democráticos y participativos” [2] .

1.2.8.6. Considera que se vulnera el artículo 29 de la Constitución Política pues “al tomarse decisiones que afectan a varios miembros de un conglomerado determinado, sin la participación de todos aquellos que se ven compelidos a ponerlos en práctica se trasgreden principios democráticos esenciales como el de ser por lo menos oídos al ser tomadas dichas decisiones, pues no se está aplicando el debido proceso administrativo” [3] .

1.2.8.7. Expresa que se viola el artículo 40 de la Constitución que implica que todos los grupos de interés en un conglomerado determinado y determinable deben tener iniciativa en las decisiones que los afectan, lo cual no se evidencia en el Consejo Directivo del Fondo.

1.2.8.8. Afirma que se desconoce el artículo 46 de la Constitución “al no permitirse la participación activa de los miembros de la tercera edad en aquellas decisiones que afectan este componente esencial para la vida de los mismos, pues se trasgrede la protección e integración de los exdocentes” [4] .

1.2.8.9. Manifiesta que se vulnera el artículo 53 de la Constitución pues “para que el Estado y en general la sociedad puedan alcanzar un consenso frente al frustrado estatuto del trabajo deben hacerse parte de su discusión todos los actores que se ven afectados con el contenido de la eventual norma” [5] , lo cual no permite la disposición demandada.

1.2.8.10. Finalmente expresa que se afecta el artículo 103 de la Constitución “al no permitirse por parte del legislador la participación activa de organizaciones que propenden por la búsqueda de intereses específicos como en el caso de los exdocentes no representados en el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales” [6] .

1.3. INTERVENCIONES 1.3.1. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público El representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicita a la Corte Constitucional que se declare inhibida para realizar un análisis de fondo de la norma demandada o subsidiariamente declare su constitucionalidad por los siguientes motivos:

1.3.1.1. Señala que los cargos de la demanda carecen de certeza pues se trata de meros argumentos subjetivos del demandante que busca simplemente la conveniencia para los pensionados del Magisterio de ser representados en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales.

1.3.1.2. Afirma que la demanda no cumplió con los requisitos propios de los cargos por omisión legislativa exigidos por la Corte Constitucional, pues no se demostró la similitud entre la posición de los docentes en servicio de aquellos que fueron retirados del mismo por obtención de la pensión de vejez o de jubilación, gracia o invalidez y no se acreditó la disposición constitucional que ordenara la intervención directa de los pensionados en las instituciones de protección como es el fondo del magisterio. Tampoco se demostró la carencia de razón suficiente para la exclusión de los docentes retirados del servicio en la participación en la dirección de un fondo que supone el ejercicio de las funciones docentes establecidas en el Estatuto de Profesionalización Docente.

1.3.1.3. Manifiesta que dentro de las funciones del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no existe ninguna que pueda afectar los derechos adquiridos de los docentes, teniendo en cuenta que éstos tienen protección constitucional y no pueden ser modificados, aclarados o revocados por este consejo.

1.3.1.4. Considera que el artículo 6º demandado no vulnera la Constitución Política, pues el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene dentro de sus funciones velar por el correcto desarrollo del objeto del mismo fondo, que no es otro que la concreción de los derechos de los pensionados y de sus afiliados, por lo que no puede pensarse que los pensionados no tengan respuesta a sus derechos ni estén representados dentro de éste.

1.3.1.5. Expresa que la mención del artículo 2° a la participación de todos en los derechos que los afectan no se refiere a la participación en los consejos directivos, sino a utilizar mecanismos como el derecho de petición, el voto, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa, la revocatoria de mandato, la consulta popular, el plebiscito, el referendo o la acción de tutela.

1.3.1.6. Aduce que la disposición acusada no vulnera el principio de igualdad, pues la conformación por sí sola del Consejo Directivo del Fondo no resulta violatoria de esta garantía al no haberse probado ni manifestado la existencia de alguna prestación separable entre los docentes en ejercicio y retirados por efecto de la norma demandada, ni una inferioridad del régimen especial aplicable a los pensionados.

1.3.1.7. Señala que “es impertinente el cargo sobre la presunta vulneración del artículo 40 por confundir el mandato constitucional de iniciativa ciudadana en las corporaciones públicas, con la conveniencia de la representación de los pensionados del Fondo en su órgano directivo, el cual si bien es una autoridad administrativa, es ajena al ejercicio del poder político”.

1.3.1.8. Considera que al no haberse sustentada la violación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos no es posible sustentar un cargo por violación del artículo 93 de la Constitución Política.

1.3.1.9. Afirma que no se probó ni sustentó la violación de los mecanismos de participación política. Por el contrario, señala que la norma constituye un desarrollo del artículo 103 de la Constitución al establecer que dentro de los miembros del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio deberán estar dos (2) representantes de los

educadores quienes desempeñan la función docente mientras se encuentran en servicio activo. Señala en este sentido que “una vez se termina el servicio activo de docencia, finaliza el ejercicio de la función pública docente, por lo que se agota la facultad de representación ante dicho consejo directivo, razón por la cual este consejo no se encuentra integrado por personal retirado del servicio por razones de obtención de una modalidad pensional, ni por cualquier otra razón”.

1.3.2. Intervención del Ministerio de Educación Nacional La Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Educación Nacional solicitó que se declare la exequibilidad de la norma demanda por las siguientes razones:

1.3.2.1. Señala que no es cierto que la organización sindical que actualmente compone el Consejo Directivo del Fondo, es decir, la Federación Colombiana de Educadores, no defienda los intereses de los jubilados, pues los mismos son representados ante la misma de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 del estatuto de este organismo:

“ CAPÍTULO VII DEL COMITÉ EJECUTIVO ARTÍCULO 20: El Comité Ejecutivo Nacional es el organismo de dirección permanente de la Federación Colombiana de Educadores, representa ante todo el interés general de los trabajadores de la educación. Está obligado a velar por el cumplimiento de los estatutos y demás ordenamientos, así como, acatar los acuerdos y resoluciones de la Asamblea Nacional Federal.

El Comité Ejecutivo Nacional estará integrado por 15 miembros que ocuparán tendrá los siguientes cargos: Presidente. Primer Vicepresidente. Segundo Vicepresidente.

Secretario General. Tesorero. Fiscal. Secretario de Organización y Educación Sindical. Secretario de Relaciones Internacionales. Secretario de Relaciones Gremiales y Cooperativas.

Secretario de Asuntos Educativos, Pedagógicos y Científicos. Secretario de Asuntos de la Mujer, la Niñez, la Juventud y la Familia. Secretario de Seguridad Social, Docentes Territoriales y Pensionados.

Secretario de Asuntos Laborales y Jurídicos. Secretario de Prensa, Propaganda y Publicaciones. Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte. PARÁGRAFO:

La sede del Comité Ejecutivo será la ciudad de Bogotá, D. C.; sus reuniones serán convocadas por el Presidente o por el Fiscal. Será quórum de la reunión del Comité Ejecutivo nueve de sus miembros y las decisiones se tomarán por el voto de la mayoría absoluta de los presentes en la reunión”.

1.3.2.2. Afirma que la Federación Colombiana de Educadores tiene dentro de sus fines y objetivos la protección de los intereses de los docentes pensionados e incluso dentro de su composición existe una dependencia encargada de ese tema, tal como señalan los artículos 37 y 47 de los estatutos de FECODE:

“ARTÍCULO 37º: Las Secretarías Especiales y permanentes de la Federación Colombiana de Educadores son: a) Secretaría de Asuntos Laborales y Jurídicos.

b) Secretaría de Asuntos Educativos, Pedagógicos y Científicos. c) Secretaría de Relaciones Intergremiales y Cooperativas. d) Secretaría de Organización y Educación Sindical e) Secretaría de Prensa, Propaganda y Publicaciones f) Secretaría de Relaciones Internacionales.

g) Secretaría de Seguridad Social, Docentes Territoriales y Pensionados. h) Secretaría de Asuntos de la Mujer, la Niñez, la Juventud y la Familia.

i) Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte. (…) ARTÍCULO 47º: SECRETARÍA DE SEGURIDAD SOCIAL Y PENSIONADOS: Son funciones y obligaciones de la Secretaría de Seguridad y Pensionados las siguientes:

a) Estudiar y proponer mecanismos que viabilicen la prestación eficiente de los servicios médicos asistenciales y prestacionales del gremio. b) Tramitar ante los organismos de previsión social las reclamaciones o solicitudes del magisterio.

c) Contribuir con las filiales al estudio de propuestas en materia de prestaciones. d) Establecer relaciones con los organismos sindicales estatales con el propósito de unificar en este campo.

e) Asesorar a los docentes en la tramitación de sus prestaciones ante los organismos de Previsión Social. f) Promover en asocio con la Secretaría de Asuntos Educativos programas especiales de recreación para los pensionados y prepensionados del sector educativo.

g) Asesorar a las organizaciones de pensionados del sector educativo en todas sus actividades especialmente en sus reclamaciones ante el Estado.

h) Las demás que le asigne el Comité Ejecutivo y la Junta Nacional". 1.3.2.3. Manifiesta que la representación de los pensionados dentro de FECODE no solamente se encuentra en la norma, sino también en la composición sindical efectiva de este organismo, tal como sucede en el Meta, en donde FECODE tiene 286 pensionados miembros o en Antioquia, en donde existe una comisión especial de jubilados.

1.3.2.4. Aduce que no se configuran los presupuestos básicos para reconocer la presencia de una omisión legislativa que han sido expuestos por la Corte Constitucional. En este sentido, manifiesta que no existe prueba de la exclusión de los docentes pensionados en la participación del Consejo Directivo, pues la norma simplemente señala la representación de la organización gremial que agrupe el mayor número de asociados docentes, condición que reúne FECODE, agrupación en la cual también están representados los pensionados ex docentes.

1.3.2.5. Expresa que el Estado es el único responsable en el manejo de los recursos que se dirigen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo cual su participación debe ser permanente e importante, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia T - 418 de 2007:

"Es decir que la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y le asignó funciones al amparo de la Constitución entonces vigente, incompatibles con la Carta Política actual, si se considera que "la Constitución no sólo autoriza sino que exige una importante intervención estatal y gubernamental, pues si bien permite la prestación de los servicios públicos por los particulares y las comunidades, ordena que el Estado mantenga la regulación, el control y la vigilancia de los mismos. Este es el caso de la prestación del servició público de salud".

1.3.2.6. En este sentido, afirma que si bien el principio democrático se aplica en la conformación del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al incluir a gremios sindicales de gran representación, no se puede desconocer que el manejo del fondo está a cargo de la Nación y funciona con recursos públicos y por ello la responsabilidad frente al mismo recae exclusivamente en las entidades públicas y no en los órganos gremiales.

1.3.2.7. Manifiesta que no existe vulneración alguna de los derechos constitucionales señalados por el accionante, pues el derecho a la participación no implica que se pueda intervenir en todas las decisiones de las entidades públicas, pues de lo contrario sería imposible actuar con operatividad y celeridad.

1.3.2.8. Considera que no existe vulneración del derecho a la igualdad, pues en ningún momento la norma está excluyendo la participación de los pensionados en el Consejo Directivo, sino que simplemente se limitó esta participación a ser realizada a través del organismo gremial que tuviera mayor representación en el sector.

1.3.3. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia La Academia Colombiana de Jurisprudencia, solicita que se declare la constitucionalidad de la norma demandada por las siguientes razones:

1.3.3.1. Señala que la ley solamente hace referencia a los derechos pensionales como una prestación más a la que pueden acceder todos los docentes que se encuentren en las condiciones y características que señala la ley.

1.3.3.2. Manifiesta que el personal destinatario de las previsiones de la ley es básicamente el activo y sólo circunstancialmente el retirado y en relación con las pensiones se incluyen simplemente disposiciones sobre los entes que deben realizar su pago, los cuales en sus propios cuerpos directivos son los que van a tomar decisiones sobre las pensiones del personal perteneciente al magisterio.

1.3.3.3. Afirma que “no se aprecia que en la conformación del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio se presente una expresión discriminatoria respecto del personal pensionado ni un desequilibrio entre sus integrantes, dado que los que realmente participan de las decisiones son cinco, debido a que el gerente de la entidad fiduciaria con la cual se contrate lo pertinente, si bien tiene voz en las sesiones y deliberaciones, carece de voto”.

1.3.4. Intervención de la Universidad del Rosario La Universidad del Rosario solicitó a la Corte que se declare inhibida para conocer sobre el fondo de la demanda, por las siguientes razones:

1.3.4.1. Señala que en su demanda el actor no acusó especialmente la norma que originó la vinculación directa con la omisión pregonada sino que fundamenta su ataque en un conjunto de normas que considera transgredidas por la omisión del legislativo al no haber incluido a los ex docentes pensionados en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales.

1.3.4.2. Manifiesta que el demandante olvida que la ley es muy clara desde el mismo título, pues crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el cual se reúnen todos los docentes sin discriminaciones y por ello sin que se deduzca vulneración alguna del principio de igualdad, por lo cual considera que los pensionados sí se encuentran representados.

1.3.4.3. Concluye solicitando a la Corte que se abstenga de conocer el contenido de la demanda pues la pretensión del actor es simplemente agregar a las normas objeto de su queja un contenido que no tienen.

2. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN El Procurador General de la Nación solicita que se declare exequible la norma demandada, por cuanto considera que no vulnera ninguna norma de la Constitución Política:

2.1. En primer lugar, el Procurador General de la Nación explica de manera detallada la naturaleza, las funciones y la composición del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, el cual es administrado por un Consejo Directivo e integrado por seis (6) miembros: los ministros de Educación Nacional, de Hacienda y Crédito Público y de Trabajo y Seguridad Social, o sus delegados; dos representantes del magisterio; y el gerente de la entidad fiduciaria, que tiene voz pero no voto [7] .

2.2. En segundo lugar, considera que el actor incurre en dos (2) incorrecciones: asumir que el Gobierno Nacional tiene cuatro (4) representantes pese a que sólo tiene tres (3) y asumir que los dos (2) representantes del magisterio, lo son sólo de los maestros activos y no de los maestros pensionados, lo cual no es cierto, pues no existe distinción alguna entre activos o pensionados, pues ni siquiera en su designación, estos representantes corresponden solo a los maestros activos:

“En este contexto, es evidente que el actor incurre en dos imprecisiones relevantes. La primera, y acaso la menor, es la de asumir que el Gobierno Nacional tiene cuatro representantes en el Consejo Directivo del fondo en comento, cuando en realidad sólo tiene tres. Esto quizá se deba a que asume de manera subjetiva que el gerente de la fiduciaria, que tiene voz pero no voto en este consejo, también representa al Gobierno Nacional. La segunda, y de mayor importancia, es la de asumir que los dos representantes de magisterio, lo son sólo de los maestros activos y no de los maestros pensionados. Basta considerar que estos representantes son designados “por la organización gremial que agrupe el mayor número de asociados docentes”, sin hacer distinción alguna entre activos o pensionados, para constatar que ni siquiera en su designación, estos representantes corresponden sólo a los maestros activos. De otra parte, las circunstancias de su

designación, estos representantes tienen, en todo caso, el deber de proteger y velar tanto por los derechos de los maestros activos como por los de los pensionados” [8] .

2.3. Afirma que no se aprecia la existencia de un trato desigual a los maestros pensionados, o que a éstos se les brinde un tratamiento desconsiderado o descomedido, en atención a su avanzada edad.

2.4. Considera que los pensionados están representados en el consejo directivo del fondo por medio de los representantes del magisterio, por lo cual, dadas las funciones legales del fondo y de su consejo directivo, existen claras garantías normativas de que sus derechos no serán conculcados.

2.5. En este sentido, indica que este consejo directivo tiene seis (6) funciones señaladas en el artículo 7º de la ley 91 de 1989: “En el artículo 7° ibíd., se señalan seis funciones a cargo del referido consejo directivo, a saber: determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del fondo y velar por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento; analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrar contratos para el funcionamiento del fondo; velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del fondo; determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad en la atención de las prestaciones sociales conforme a la disponibilidad financiera del fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos; revisar el presupuesto anual de ingresos y gastos del fondo y remitirlo al Gobierno Nacional para adelantar el trámite de su aprobación; y las demás que determine el Gobierno Nacional”.

2.6. Finalmente señala que “ los representantes del Gobierno Nacional no son y no pueden actuar como contraparte de los maestros y de sus representantes, sino que en realidad son autoridades de la República, y así actúan. Su tarea no es rivalizar con los maestros y sus representantes, sino cumplir con unos precisos deberes constitucionales y legales, en especial cuando media la administración de recursos públicos” [9] .

3. CONSIDERACIONES 3.1. COMPETENCIA La Corte Constitucional es competente, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, para pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 6° de la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

3.2. CUESTIÓN PREVIA: ANÁLISIS DE LA APTITUD DE LA DEMANDA El actor plantea señala que el artículo 6º de la Ley 91 de 1989 vulnera los artículos 1°, 2°, 4°, 13, 16, 29, 38, 40, 46, 53, 93 y 103 de la Constitución Política, pues no consagra que los ex docentes pensionados deban tener representación en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual evidencia un desequilibrio que afecta sus intereses, por lo cual plantea que se presenta una omisión legislativa relativa.

Por lo anterior, antes de comenzar el análisis de constitucionalidad se deberá estudiar la aptitud de la demanda, para lo cual además se precisará el alcance y los requisitos de la omisión legislativa relativa.

3.2.1. ALCANCE Y REQUISITOS DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido reconociendo una serie de requisitos necesarios para la procedencia de los cargos por omisión legislativa relativa:

3.2.1.1. La Sentencia C-555 de 1994 [10] reconoció la existencia de la inconstitucionalidad por omisión al señalar que la Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad de una norma legal, también es competente para estudiar la conducta omisiva del Legislador que propicia la desigualdad de trato y que consiste en no extender un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo [11] .

3.2.1.2. La Sentencia C-543 de 1996 [12] definió la omisión legislativa como “ todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución".

Adicionalmente se señala la distinción entre la omisión legislativa absoluta y la omisión legislativa relativa: “una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una omisión legislativa relativa por que si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad” [13] .

3.2.1.3. La Sentencia C-427 de 2000 [14] decidió abstenerse de emitir pronunciamiento sobre el artículo 9º de la Ley 399 de 1997, salvo en cuanto a su parágrafo el cual se declaró exequible.

En esta sentencia, la Corte Constitucional definió los requisitos para que el cargo de inconstitucionalidad por omisión pueda prosperar: a) que exista una norma sobre la cual se predica; b) que una omisión en tal norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; c) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; d) que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y; e) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador.

3.2.1.4. La Sentencia C-780 de 2003 [15] declaró exequible la expresión “ Las licencias de conducción que no cuenten con estos elementos de seguridad deberán ser renovadas de acuerdo con la programación que expida el Ministerio de Transporte al respecto” contenida en el artículo 17 de la Ley 769 de 2002, la cual había sido acusada pues según el actor no señala quién va a asumir los costos de esta renovación de las licencias de conducción. En esta sentencia la Corte consideró que “En el presente caso, a juicio de la Corte se está en presencia de una ausencia total de regulación, configurativa de una omisión legislativa absoluta. Simplemente el legislador ha guardado silencio respecto de quién va a asumir los costos de expedición de las nuevas licencias de conducción”.

En esta providencia, la Corte Constitucional definió la omisión legislativa absoluta y expuso las razones por las cuales la misma no puede ser objeto de control de constitucionalidad:

“ La jurisprudencia ha clasificado las omisiones legislativas en absolutas y relativas y ha señalado que un cargo fundado en una omisión absoluta plantea una ausencia total de regulación. En este caso, ha considerado que como la omisión se deriva de la completa inactividad del legislador, “la Corte carece de referente normativo para hacer la confrontación con la Carta”, lo que le impide llevar a cabo el examen de constitucionalidad; en efecto, por definición este es un juicio comparativo entre una norma legal y otra constitucional. No existiendo norma legal, faltaría uno de los extremos normativos de comparación. Por ello la jurisprudencia ha dicho que la acción de inconstitucionalidad “si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales”. Esta es la razón por la cual la Corte no tiene competencia para “conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta” [16] .

3.2.1.5. La Corte Constitucional en la Sentencia C-800 de 2005 [17] decidió inhibirse de emitir un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil.

En esta sentencia, la Corte Constitucional reiteró lo señalado en las sentencias C- 427 de 2000 [18] , C-1255 de 2001 [19] , C-041 de 2002 [20] , C-185 de 2002 [21] sobre los cinco (5) criterios para la procedencia excepcional de esta clase de demandas [22] y señaló que debe tenerse en cuenta si la supuesta omisión emerge a primera vista de la norma propuesta o si se está más bien, ante normas completas, coherentes y suficientes, que regulan situaciones distintas:

“Así mismo, la Corte ha señalado que debe tenerse también como criterio para considerar, que cuando se presenta el cargo de esta clase de omisiones, si la supuesta omisión emerge a primera vista de la norma propuesta o si se está más bien, ante normas completas, coherentes y suficientes, que regulan situaciones distintas” [23] .

3.2.1.6. Mediante Sentencia C-192 de 2006 [24] esta Corporación se declaró inhibida para emitir pronunciamiento de fondo sobre el artículo 31 de la Ley 788 de 2002, al considerar que l a demanda de inconstitucionalidad no permite activar el control de constitucionalidad, en razón a su defectuosa argumentación, por cuanto esta Corporación es incompetente para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta. En esta sentencia, la Corte Constitucional señaló una serie de elementos especiales para la procedencia de un cargo por omisión legislativa como la existencia de una disposición que excluya de sus hipótesis o de sus consecuencias alguna situación que, en principio, debía estar incluida, que tal exclusión no tenga justificación alguna y que por lo tanto la misma no supere el juicio de proporcionalidad y de razonabilidad, y por último que dicha exclusión constituya la inobservancia de un mandato constitucional impuesto al legislador:

“La Corte ha considerado como elementos estructurales de la omisión legislativa relativa, “la existencia de una disposición que excluya de sus hipótesis o de sus consecuencias alguna situación que en principio debía estar incluida, que tal exclusión no tenga justificación alguna y que por lo tanto la misma no supere el juicio de proporcionalidad y de razonabilidad, y por último que dicha exclusión constituya inobservancia de un mandato constitucional impuesto al legislador.” En estos casos procede el control de constitucionalidad de esa disposición, siempre que ese supuesto se desprenda del contenido normativo demandado, pues, como lo ha sostenido la Corte, la inconstitucionalidad por omisión no puede ser declarada por el juez constitucional sino en relación con el contenido normativo de una disposición concreta, que por incompleta resulta ser discriminatoria.

Cabe recordar que para que se pueda hablar de omisión legislativa, es requisito indispensable que en la Carta exista una norma expresa que contemple el deber de expedir la ley que desarrolle las normas constitucionales y el legislador lo incumpla, pues sin deber no puede haber omisión.

Cuando de activar el control de constitucionalidad abstracto por vía de acción se trata, aduciendo la existencia de una omisión legislativa relativa es menester que el ciudadano demuestre con razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes [1] que la norma acusada contiene una omisión legislativa relativa de conformidad con el artículo 2º numerales 3 y 5 del Decreto 2067 de 1991” [25] .

3.2.1.7. La Sentencia C-891 A de 2006 [26] decidió “ Decretar la exequibilidad de la expresión “y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios” , contenida en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en cuanto éste siga produciendo efectos, y bajo el entendimiento de que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, IPC, certificado por el DANE [27] .

En esta sentencia, esta Corporación señaló que: “ El supuesto básico de una omisión legislativa de carácter relativo consiste en que el legislador regula una materia, pero lo hace de manera parcial porque no cobija a todas los destinatarios que deberían quedar incluidos en la regulación o porque deja de regular algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, tendría que formar parte de la disciplina legal de la materia” [28] .

Así mismo, la Corte Constitucional estableció los principales eventos en los cuales procede una omisión legislativa [29] . Adicionalmente, se manifestó que no cualquier omisión legislativa puede ser objeto de control constitucional, sino que se requiere que la misma vulnere la Carta Fundamental:

“Como tantas veces lo ha repetido esta Corporación, el legislador, lejos de ser un ejecutor de la Constitución, está dotado de una amplia potestad de configuración que le permite escoger entre las distintas opciones que la Carta le ofrece, pero, además, le incumbe determinar la conveniencia y la oportunidad para producir la regulación legislativa de alguna materia. De ahí que su silencio no sea necesariamente objeto de tacha y que no siempre entre en contradicción con el Estatuto Fundamental del Estado” [30] .

3.2.1.8. A través de la Sentencia C-1043 de 2006 [31] , la Corte Constitucional decidió declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con el aparte demandado del literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993, por ineptitud sustantiva de la demanda, considerando que los actores no cumplieron con el presupuesto de formular adecuadamente el cargo la pretendida omisión legislativa .

En esta sentencia se reiteraron los requisitos para la admisión de un cargo por omisión legislativa relativa [32] y se afirmó que la omisión debe ser predicable directamente del dispositivo impugnado, y en ningún caso de otro u otros que no hayan sido vinculados al proceso:

“ “Por otra parte, la Corte ha puntualizado que sólo es posible entrar a evaluar la ocurrencia de una omisión legislativa relativa, cuando el actor ha dirigido la acusación contra la norma de cuyo texto surge o emerge la omisión alegada [1] , y que “… la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir pronunciamiento de fondo, queda supeditada al hecho de que la omisión sea predicable directamente del dispositivo impugnado, y en ningún caso de otro u otros que no hayan sido vinculados al proceso”.

[1] Sobre el particular, esta Corporación, en abundante y reiterada jurisprudencia, ha señalado que “… la técnica utilizada en la formulación de las demandas de inconstitucionalidad, derivada de las exigencias contenidas en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, le impone a quien pretende ejercer esta acción, la obligación de señalar con claridad las razones que sustentan la inexequibilidad del precepto impugnado, razones que, además, deben guardar correspondencia lógica con el texto acusado, de tal modo que le sean atribuibles directamente a éste” [1] .

De este modo, ha dicho la Corte, “… al margen de las condiciones que son necesarias para determinar la ocurrencia de una omisión relativa, es claro que las demandas dirigidas contra normas de las cuales no se extraiga en forma directa la materia que ha sido omitida por el legislador, no pueden ser resueltas en sede del proceso de constitucionalidad. No solo por cuanto se ha desconocido el cumplimiento de un requisito de admisibilidad de la acción - acusar el precepto del cual surge la presunta violación a la Carta -, sino además, (y en plena concordancia con lo anterior) por cuanto la Constitución Política no le otorga a la Corte competencia para examinar, ex officio, aquellas disposiciones que no fueron formalmente acusadas por los ciudadanos mediante el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad (C.P. art. 241-4-5)” [33] .

3.2.1.9. La Sentencia C-240 de 2009 [34] declaró exequible el artículo 162 del Código Penal -Ley 599 de 2000-, por los cargos de la demanda al considerar que “l a jurisprudencia constitucional ha precisado que el supuesto básico de una omisión legislativa relativa, consiste en que el legislador al regular una materia lo hace de manera parcial, en la medida que no cobija a todos los destinatarios que deberían quedar incluidos en la regulación o deja de regular algún supuesto que por mandato constitucional debería estar incluido, concluye la Corte que en virtud de lo expuesto, ninguna de las normas demandadas adolece de una omisión legislativa relativa violatoria de la Constitución o del bloque de constitucionalidad” [35] .

3.2.1.10. Por su parte, la Sentencia C-936 de 2010 [36] declaró exequible el parágrafo 3° del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos. En este sentido, se consideró que el parágrafo tercero del artículo 324 plasma una omisión legislativa relativa, que debe ser corregida, en la medida que no incluye las graves violaciones a los derechos humanos, como una de las hipótesis delictivas en que se encuentra excluido el principio de oportunidad.

Al respecto, la Corte sistematizó los rasgos característicos de la omisión legislativa relativa [37] y la definió de la siguiente manera: “La jurisprudencia de esta corporación ha precisado que se presenta una omisión legislativa relativa cuando el legislador regula una materia de manera parcial, insuficiente o incompleta, omitiendo una condición, un sujeto

destinatario, un ingrediente esencial o algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, debería formar parte de la disciplina legal o de la materia normativa" [38] .

3.2.1.11. La Sentencia C-090 de 2011 [39] declaró la exequibilidad del inciso primero del artículo 135 de la Ley 100 de 1993, por los cargos analizados en la parte motiva de dicha providencia, al considerar que el cargo por omisión legislativa no estaba llamado a prosperar, por cuanto el debate que planteaba el ciudadano Ospina Acosta giraba en torno a la "aplicación o interpretación de la ley " [40] y no a una supuesta omisión legislativa relativa.

En esta sentencia, la Corte reiteró los cinco (5) requisitos para la procedencia de un cargo por omisión legislativa relativa y reconoció que " para que se configure la omisión legislativa no basta con que el legislador profiera una regulación incompleta o insuficiente, se requiere demostrar que esa regulación parcial o fragmentada resulta contraria a la Constitución, es decir, que el ingrediente, condición normativa o consecuencia jurídica que se omitió es esencial e indispensable para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta" [41] .

3.2.1.12. La Sentencia C-100 de 2011 [42] declaró exequible, por los cargos analizados, el numeral 5º del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que la circunstancia de agravación punitiva allí contemplada se extiende al evento en que la víctima de desaparición forzada es el o la cónyuge, o el compañero o la compañera permanente de las personas aludidas en el numeral 4º de la citada disposición legal. En esta sentencia esta Corporación manifestó que la Corte Constitucional tiene competencia limitada respecto de los cargos por omisión legislativa relativa en cumplimiento del principio de separación de las ramas del poder público:

" "Respecto de los cargos por omisión legislativa relativa frente al numeral 5º del artículo 166 de la Ley 599 de 2000, la Corte tiene, como se reconoce en varias providencias, una competencia limitada. La razón de este límite es el principio de separación de las ramas del poder público, establecido en el artículo 113 Superior. La procedencia de cargos por omisión legislativa relativa es excepcional. Por ello, la Corte ha fijado unos criterios objetivos de procedencia para los cargos de omisión legislativa relativa, que aparecen, entre otras, en las Sentencias C-456 de 1996, C-427 y C-1549 de 2000, C-1255 de 2001, C-041, C-185 y C-285 de 2002, C-371 y C-865 de 2004.

A saber, dichos criterios son: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tendrían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador" [43] .

3.2.1.13. Mediante Sentencia C-127 de 2011 [44] se declaró exequible, por el cargo analizado en esa sentencia, el artículo 267 y el artículo 287 de la Ley 906 de 2004, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal" . En esta sentencia, la Corte determinó la "inexistencia de una omisión legislativa relativa: el ámbito de aplicación del derecho a la defensa dentro del proceso penal se extiende a la etapa preprocesal de la indagación previa, y a partir de ella, a todos los demás actos procesales hasta la decisión final".

En esta decisión, esta Corporación reiteró los criterios de admisibilidad de los cargos por omisión legislativa y, además, señaló que para que pueda prosperar una demanda contra una omisión legislativa, es necesario que el silencio del Legislador comporte una regla implícita que viole los preceptos superiores, en este caso, que llegue a desconocer el derecho que es objeto de desarrollo legal expreso.

3.2.1.14. l a Sentencia C-600 de 2011 [45] declaró exequibles , por los cargos examinados, las expresiones “cónyuge” y “su cónyuge” empleadas en los numerales 7, 8, 10, 11, 13 y 14 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, bajo el entendido que comprenden también al compañero o compañera permanente y las expresiones “o pariente en primer grado de consanguinida d”, empleadas en los numerales 7 y 8 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, en el entendido que incluyen también a los parientes en el grado primero civil (hijo e hija adoptivos y padre o madre adoptantes).

En esta sentencia, la Corte Constitucional consideró que “ El legislador incurrió en una omisión legislativa relativa que vulnera el derecho a la igualdad al no incluir dentro de las causales de recusación demandadas al compañero o compañera permanente y a los parientes en grado primero civil.

Declaratoria de exequibilidad condicionada de los numerales 7, 8, 10, 11, 13 y 14 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil” [46] . En esta providencia se definió la omisión legislativa absoluta como “la falta total de regulación normativa, referida a un aspecto cualquiera de la realidad regulable” y reconoció que la Corte Constitucional no puede realizar un control sobre la misma.

3.2.1.15. La Sentencia C-619 de 2011 [47] , declaró exequible, por el cargo estudiado un aparte normativo contenido en el artículo 149 de la Ley 769 de 2002, al considerar que l a norma acusada no sugiere que el legislador haya omitido alguno de sus deberes constitucionales.

En esta sentencia, la Corte Constitucional señala los elementos que debe plantear una acción pública de inconstitucionalidad por omisión legislativa [48] y además establece las posibles alternativas que pueden adoptarse cuando ésta se configura:

“ “6.- Por regla general, cuando se trata de una omisión legislativa relativa, el remedio para la inconstitucionalidad advertida no es la declaratoria de inexequibilidad de la disposición que dejó por fuera de sus efectos jurídicos el elemento que se echa de menos, sino neutralizar dicho efecto contrario a la Constitución mediante la incorporación de un significado ajustado a los mandatos constitucionales. Así, “como en la omisión legislativa relativa hay un acto positivo del legislador que regula una materia específica, la Corte procede a integrar el vacío a partir de la Constitución.

En concordancia con lo anterior, esta Corporación señaló, en sentencia C-311 de 2003, que en los eventos de omisiones legislativas consistentes en que el legislador no regula determinados supuestos de hecho, y dicha pretermisión involucra la afectación de normas de la Carta Política, es admisible la interposición de la acción pública, a efecto de que se declare la existencia de la omisión relativa y, en consecuencia, se emita una sentencia de exequibilidad condicionada que incorpore el supuesto de hecho excluido” [49] .

A partir de la evolución jurisprudencial anterior puede concluirse que el reconocimiento de una inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa debe ser excepcional y por ello se han consagrado cinco (5) elementos concretos para cualquier cargo que se formule por esta causa:

“(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”.

3.2.2. Aptitud de la demanda 3.2.2.1. El actor plantea que el artículo 6º de la Ley 91 de 1989 vulnera los artículos 1°, 2°, 4°, 13, 16, 29, 38, 40, 46, 53, 93 y 103 de la Constitución Política, pues no permite que los docentes pensionados tengan representación en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que se encarga de pagar sus prestaciones económicas de retiro y las obligaciones relacionadas con la salud, dejando la decisión sobre las mismas a una organización sindical o gremial que no los representa como lo es FECODE.

3.2.2.2. Cabe señalar que esta Corporación mediante la Sentencia C 642 de 2012, conoció hace algunos meses de una demanda presentada por el ciudadano Crystian Enrique Hernández Campos, en la cual se demandó la misma norma acá estudiada.

En dicha oportunidad la Corte Constitucional se declaró inhibida para pronunciar una decisión decisión de fondo al considerar que los cargos carecían de certeza y precisión y que no se reunían los requisitos necesarios para la formulación de un cargo por omisión legislativa relativa.

3.2.2.3. El ciudadano Crystian Enrique Hernández Campos expuso dos (2) cargos: la falta de representación de los ex docentes pensionados en el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por cuanto la Federación Colombiana de Educadores (FECODE) no designa docentes pensionados para integrar ese consejo y el desequilibrio creado por la ley al excluir a los docentes pensionados del Consejo Directivo del citado Fondo:

“La configuración de los dos cargos planteados por el demandante serán analizados de forma separada. En primer término, el relacionado con la falta de representación en el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por cuanto la Federación Colombiana de Educadores (FECODE) no designa docentes pensionados para integrar ese Consejo. En segundo lugar, el anunciado desequilibrio creado por la ley al excluir a los docentes pensionados del Consejo Directivo del citado Fondo” [50] .

3.2.2.4. El primer cargo de la demanda presentada por el señor Crystian Enrique Hernández Campos no cumplía con los requisitos de admisibilidad señalados por esta Corporación, pues no se orientaba a cuestionar la norma, sino que cuestionaba el criterio fáctico de las decisiones que se adoptan al interior del FECODE, por lo cual se derivaba de la mera apreciación subjetiva del actor, tal como se señaló en la sentencia C 642 de 2012:

“8. En cuanto al primer cargo, considera la Sala que carece de los requisitos de certeza y especificidad. En tal sentido, para la Corte el demandante está derivando una proposición normativa de carácter subjetivo del artículo 6º de la Ley 91 de 1989, la cual lo conduce a plantear que es la organización gremial nacional que agrupa el mayor número de docentes y no la Ley la que excluye la participación de los docentes pensionados como representantes de los maestros en el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. En efecto, en su criterio a pesar de que el legislador promueve la participación de los docentes en el órgano directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la falta de representación obedece a un criterio fáctico de las decisiones que se adoptan al interior de la organización gremial nacional que agrupa el mayor número de docentes”.

3.2.2.5. De esta manera, el actor dirigió sus cuestionamientos a la forma como están representados los ex docentes pensionados en FECODE, discusión que no podía ser objeto de control de constitucionalidad, pues esta agremiación se rige por sus propios estatutos internos.

3.2.2.6. En este sentido, la exclusión propuesta por el demandante sería el resultado de que los designados a ese Consejo Directivo sean elegidos por FECODE y por ello la inconstitucionalidad dejaba de estar formulada sobre el contenido del artículo demandado y se traslada a la aplicación dada por FECODE a esta norma, tal como señaló la Corte en la sentencia C-642 de 2012:

“Así, lo que evidencia la Corte es que, en principio, la conformación del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no desconoce la representación de los docentes pensionados, lo que acontece es que la exclusión propuesta por el actor es el resultado de que los designados a ese Consejo Directivo son elegidos por FECODE. Por consiguiente, la inconstitucionalidad deja de estar formulada sobre el contenido del artículo demandado y se traslada a la aplicación dada por FECODE. Lo anterior, implica que se pierde el objeto del pronunciamiento como norma abstracta sobre la cual versa un juicio de constitucionalidad y se desvirtúa el análisis que en abstracto le compete realizar a esta Corte” [51] .

3.2.2.7. La Sala considera que los argumentos esgrimidos en la sentencia C – 642 de 2012 no son predicables respecto de la demanda presentada por el señor Cristóbal Hernández, pues éste no dirigió su acción a cuestionar el funcionamiento interno de FECODE, sino que cuestionó directamente la ausencia de representación de los ex docentes pensionados en el Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, cargo que cumple con el requisito de certeza, pues la norma exige la participación en el consejo de “ Dos representantes del magisterio, designados por la organización gremial nacional que agrupe el mayor número de asociados docentes” , lo cual evidentemente excluye a los ex docentes pensionados pues no son docentes activos.

3.2.2.8. En este sentido, si bien la norma podría permitir la representación de aquellos docentes que siendo pensionados siguen ejerciendo la docencia, aquellos que ya no se encuentran activos no tienen ninguna representación en el consejo directivo del fondo, tal como se explica de manera clara por el accionante:

“Ahora bien, como se desprende de la norma citada, los dos representantes son del Magisterio para lo cual debemos hacer unas consideraciones sobre dicho concepto, en primer lugar se ha entendido desde la ley y la jurisprudencia que dicho concepto hace relación directa a los miembros del ramo de la educación, llámese docentes o educadores, y en este orden de ideas, en primer lugar tenemos que el magisterio colombiano está integrado, como se ha dicho por docente o educadores que se definen desde la óptica del decreto ley 2277 de 1979, en su artículo segundo de la siguiente manera:

“(…) Profesión docente. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto.

Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento educativo.

En este orden de ideas, de manera preliminar podemos indicar que al emplearse el término magisterio se hace mención a miembros activos o docentes en ejercicio, esto es, que no existen dentro del ramo magisterial organizaciones que asocien o agrupen a organizaciones de pensionados o mejor de exdocentes (pensionados)” [52] .

3.2.2.9. De esta manera, la gran diferencia entre la demanda presentada por el señor Cristóbal Hernández y la interpuesta por el ciudadano Crystian Enrique Hernández Campos es que el primero centró su análisis jurídico en el cuestionamiento de la norma señalando de entrada que la misma no permitiría la participación de ex docentes pensionados, mientras que la demanda presentada por Crystian Enrique Hernández Campos se centra en un asunto fáctico o estatutario y no constitucional como es la representación de los ex docente pensionados en FECODE.

3.2.2.10. En ese orden de ideas, el señor Cristóbal Hernández señala que la Federación Nacional de Educadores (FECODE), agremia a organizaciones de educadores en su Junta Nacional pero no a agremiaciones de ex docentes (pensionados), por lo que “en la actualidad los más de ciento veintisiete mil (127.000) EXDOCENTES (pensionados) a quienes el Fondo Nacional debe pagar sus prestaciones sociales y asegurar la prestación del servicio de salud sólo se

encuentran representados por docentes en ejercicio, los cuales tienen a simple vista intereses diferentes de los EXDOCENTES (Pensionados) que en uso de buen retiro no se encuentran representados en el Consejo Directivo del Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ni a nivel nacional ni a nivel regional o departamental".

3.2.2.11. El segundo cargo de la demanda presentada por el señor Crystian Enrique Hernández Campos tampoco cumplía con los requisitos de admisibilidad para el estudio de una omisión legislativa relativa:

"En concordancia con lo anterior, reitera la Sala que el planteamiento sobre la ausencia de los docentes pensionados como miembros del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se enmarca en una argumentación de omisión legislativa relativa. No obstante, en esta oportunidad la presentación de las alegaciones no cumple con los requisitos establecidos jurisprudencialmente para estructurar un cargo de esta índole. En efecto, si bien se señaló la norma sobre la cual recae la omisión (i) y se realizan planteamientos generales sobre la exclusión normativa de los docentes pensionados que a juicio del demandante deben incluirse en el Consejo Directivo por mandato constitucional (ii), nada se expuso sobre el principio de razón suficiente para la exclusión (iii), ni sobre la desigualdad negativa derivada de la norma (iv) y menos sobre el deber específico impuesto por el constituyente al legislador para la participación de los docentes pensionados en el órgano directivo del pluricitado Fondo (v)".

3.2.2.12. Por el contrario, el cargo señalado por el señor Cristóbal Hernández. sobre la existencia de una omisión legislativa relativa sí cumple con los requisitos señalados por esta Corporación para configurar un cargo de constitucionalidad:

(i) Se planteó la norma sobre la cual podría presentarse una omisión legislativa, en este caso el artículo 6° de la Ley 91 de 1989. (ii) Se señaló la situación que podría estar contenida en el texto normativo cuestionado, como sucede con la no inclusión directa de representantes de los ex docentes pensionados.

(iii) Al contrario de la demanda presentada por Crystian Enrique Hernández Campos, la demanda del señor Cristóbal Hernández sí sustentó de manera suficiente que la exclusión de los casos o ingredientes carece de un principio de razón suficiente. En este sentido, el actor explicó que no tiene justificación alguna que a los ex docentes pensionados se les excluya de participar en el Consejo cuando éste influye de manera directa en las decisiones económicas y de salud de un grupo especialmente protegido como es la tercera edad:

"Incluso bástese con observar la norma en su numeral cuarto para establecer que al hacer mención a magisterio se hace relación directa a docentes activos en su ejercicio y no a EXDOCENTES (Pensionados) retirados de manera voluntaria o por mandato legal, a quienes se les priva de la posibilidad de estar representados en un consejo directivo que influye de manera directa en sus decisiones económicas y de salud, más aún cuando obsérvese que al hacer mención a EXDOCENTES (pensionados), se refiere a miembros de la tercera edad o que la han superado o que están cerca de llegar a dicha protección, como miembros de categoría especial deben ser protegidos por el actuar del Estado Colombiano, máxime si se predica de este que es social y de Derecho, como lo prescribe el artículo primero constitucional" [53] .

(iv) Se planteó que la falta de justificación y objetividad genera una desigualdad negativa en contra de los ex docentes pensionados frente a los docentes activos, lo cual se explicó claramente al señalarse la vulneración del derecho a la igualdad:

"Concepto de la violación.- Es aquí donde se evidencia la mayor transgresión por parte de la norma acusada, toda vez que, como bien se puede observar al hacer una lectura del citado artículo 6º, el mismo al establecer la configuración del consejo directivo del fondo, no incluye según su redacción y que se ve en la práctica a todos aquellos que se encuentran en uso del bien retiro gozando de su derecho pensional, pues véase de manera puntual la redacción del numeral cuarto que establece que los miembros del magisterio deben ser docentes, y de la lectura de la totalidad del artículo no se

establece la vinculación de miembros de la tercera edad pensionados, y por ende, ex docente, que no pertenecen al magisterio, lo cual hace que la estructura del dicho órgano de decisión no sea igualitaria para todos los asociados al Fondo Nacional de Prestacones, lo cual se trasluce en el ejemplo citado con la demanda, en el tema del pago de las mesadas pensionadas, que hasta hace algunos meses se hacía el 20 de cada mes y ahora se hace el 25 de cada mes, si bien es cierto el concepto de igualdad constitucional preliminar es el de que solo se predice dicha igualdad entre los iguales, dicho principio y valor no tiene una sola arista, pues el msmo artículo citado dice que debe protegerse de manera especial a aquellos que por sus condiciones no tienen la posibilidad de lograr por sus propios medios a efecto de lograr la igualdad material, que es lo que se solicita con la acción presentada que la conformación del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio responda a una estructura tripartita integrada por empleador, empleados y pensionados ex docentes a efecto de lograr que las decisiones tomadas cumplan con la validez y eficacia que debe tener toda norma; y es válida al ser tomada por un órgano democrático que integre todas las vertientes que se verán afectadas positiva o negativamente por sus decisiones" [54] (v) Se señala que la omisión es el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador, pues el actor manifestó que la omisión vulnera el derecho a la protección especial de los pensionados y de la tercera edad.

"Es fundamental afirmar que en la actualidad el derecho a la igualdad en la forma concebida en el artículo 13 Superior, se encuentra transgredido, más aún cuando se establece en el mismo que los miembros de sectores débiles de la sociedad merecen del accionar positivo del Estado Colombiano en pro de equilibrar las desventajas con aquellos que gozan por cuanta de su actuar y motidos por sus intereses de una mejor realizacón de sus derechos, como en el presente caso en donde los EXDOCENTES (Pensionados), como en muchas ocasiones se ha indicado, no están representados en el citado Consejo Directivo y los que en la actualidad se encuentran y los "pseudos – representan" son miembros activos de las organizaciones sindicales que dentro de sus filas no agrupan miembros de la tercera edad – EXDOCENTES (Pensionados)" [55] 3.2.2.13.

Adicionalmente, el cargo por la violación del derecho a la igualdad cumple los requisitos señalados por esta Corporación [56] : (i) El demandante señala claramente los grupos involucrados, en este caso los ex docentes pensionados frente a los docentes activos.

(ii) El trato discriminatorio introducido, está constituido por la representación de los docentes activos en el Consejo Directivo y la imposibilidad de que en el mismo participen los ex docentes pensionados, lo cual se evidencia a partir de la propia redacción de la norma demandada que harán parte del Consejo Directivo: " Dos representantes del magisterio, designados por la organización gremial nacional que agrupe el mayor número de asociados docentes" , lo cual excluye de la posibilidad de hacer parte de éste a asociaciones de ex docentes pensionados, pues claramente los mismos ya no tienen la calidad de docentes.

(iii) La falta de justificación de un tratamiento distinto al previsto en la normas acusada se expone de manera detallada por el actor, por cuanto manifiesta claramente que ambos grupos de docentes (pensionados no activos y activos) pueden ser afectados por las decisiones que se adopten en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales.

Por lo anterior, se considera que la demanda presentada por el ciudadano Cristóbal Hernández cumple con los requisitos de certeza, pertinencia y suficiencia y por ello entrará a estudiar el fondo de los planteamientos señalados en contra del artículo 6º de la Ley 91 de 1989.

3.3. PROBLEMA JURÍDICO El actor señala que el artículo 6º de la Ley 91 de 1989 incurre en una omisión legislativa relativa que vulnera los artículos 1°, 2°, 4°, 13, 16, 29, 38, 40, 46, 53, 93 y 103 de la Constitución Política, pues no consagra una representación directa de los ex docentes pensionados en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Para resolver este problema jurídico se estudiarán los siguientes temas: (i) la protección constitucional del derecho a la participación, (ii) el alcance del derecho a la participación en la jurisprudencia constitucional y finalmente se realizará (iii) el análisis de la norma demandada.

3.4. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN 3.4.1. El derecho a la participación ha sido reconocido desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en cuyo artículo 21 se expresa que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes directamente elegidos:

“Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

3.4.2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 25 que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos, a votar y ser elegido en elecciones públicas, y a tener acceso a las funciones públicas [57] :

“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”. 3.4.3. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de Estados Americanos consagra en sus artículos 13 [58] , 20 [5 9] , 21 [60] y 22 [61] , los derechos a ser parte de las decisiones de quienes gobiernan, el derecho a reunirse y asociarse, y a presentar peticiones respetuosas.

3.4.4. La Carta Democrática de la Organización de Estados Americanos, en su artículo 6, reconoce la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo en los siguientes términos:

“La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia” [62] .

3.4.5. El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra varios derechos políticos entre los cuales se encuentra el derecho de todo ciudadano a participar en los asuntos públicos [63] .

3.4.6. El derecho a la participación está consagrado en la Constitución Política como una manifestación del principio democrático del Estado Social de Derecho. Así mismo, se deriva de disposiciones como el artículo 2º de la Carta, conforme al cual, entre los fines esenciales del Estado, se encuentra facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, y el artículo 40 Superior, que consagra el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político [64] .

3.4.7. La importancia del derecho a la participación también ha sido resaltado por la Corte Constitucional en la sentencia C-180 de 1994 [65] , en la que afirmó que:

“El principio de participación democrática expresa no sólo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo.

El concepto de democracia participativa lleva insita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional.

No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.

La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos;

contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho.

En la democracia participativa el pueblo no sólo elige sus representantes, por medio del voto, sino que tiene la posibilidad de intervenir directamente en la toma de ciertas decisiones, así como la de dejar sin efecto o modificar las que sus representantes en las corporaciones públicas hayan adoptado, ya sea por convocatoria o por su propia iniciativa, y la de revocarle el mandato a quienes ha elegido.

En síntesis: la participación concebida dentro del sistema democrático a que se ha hecho referencia, inspira el nuevo marco sobre el cual se estructura el sistema constitucional del Estado colombiano. Esta implica la ampliación cuantitativa de oportunidades reales de participación ciudadana, así como su recomposición cualitativa en forma que, además del aspecto político electoral, su espectro se proyecte a los planos de lo individual, familiar, económico y social”.

3.4.8. De las disposiciones y otras fuentes normativas citadas, puede afirmarse que la participación es fundamental en la relación de las autoridades estatales y los ciudadanos, y en el intervenir de éstos en la gestión pública. Por ello, la participación “puede ser entendida como una acción incluyente, es decir, una acción que integra y articula a los partícipes de las dinámicas sociales” [66] .

3.5. ALCANCE DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL El derecho a la participación no se circunscribe únicamente a la esfera electoral o estatal, sino que incluye otros espacios en los cuales se adoptan decisiones que afectan la forma de vida de los ciudadanos, tal como se ha manifestado en reiteradas oportunidades por la jurisprudencia de esta Corporación:

3.5.1. La Sentencia C-089 A de 1994 [67] destacó el carácter fundamental del derecho a la participación no sólamente en su dimensión política sino como el derecho de todo ciudadano a intervenir en la actividad pública:

“El derecho a la participación, ha sido reconocido por la Carta Política como un derecho fundamental. Lo anterior significa que toda persona, particularmente todo ciudadano, tiene la facultad constitucional de intervenir en la actividad pública, ya sea como sujeto activo de ella, es decir como parte de la estructura gubernamental y administrativa del Estado, ya sea como sujeto receptor de la misma, interviniendo, mediante el sufragio en la elección de los gobernantes,

participando en las consultas populares, teniendo iniciativa legislativa, interponiendo acciones en defensa de la Constitución o la ley, actuando como miembro de partidos o movimientos políticos, o aún elevando peticiones a las autoridades y obteniendo la pronta respuesta de ellas".

En la misma sentencia se reconoció que el derecho a la participación se encuentra consagrado en el preámbulo y en los artículos 1, 2 y 40 de la Constitución Política:

"El derecho a la participación se encuentra enunciado en el Preámbulo del Estatuto Superior y en sus artículos 1° y 2°, en los cuales se definen los principios fundamentales y los fines esenciales del Estado colombiano. Con todo, es en el artículo 40 donde se consagra específicamente este derecho como parte integral de los denominados derechos fundamentales, norma en la cual se incluye, de modo particular, el acceso al desempeño de cargos públicos. En efecto, prevé la mencionada disposición:

" Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político . Para hacer efectivo este derecho puede:

"....." "7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (...)"

En este sentido el derecho a la participación es una de las principales consecuencias de la democracia participativa y no solamente les permite a los ciudadanos la posibilidad de elegir y ser elegidos sino también de intervenir de manera directa en las decisiones que afectan a la comunidad:

"La Constitución Política de 1991 presenta, como una de sus principales características, la de garantizar la denominada democracia participativa, esto es, la ampliación de los espacios democráticos para darle a los asociados la oportunidad no solo de elegir a sus mandatarios, sino también la de participar más directa y frecuentemente en las actividades políticas y en la toma de decisiones que afecten a la comunidad. Cabe agregar que este concepto no se contrapone al de la democracia representativa; por el contrario, se complementan logrando así que el pueblo, titular originario de la soberanía, pueda escoger -mediante el sufragio universal- a sus gobernantes y, a su vez, cuente con los mecanismos jurídicos propios que garanticen su vinculación con los asuntos que le afectan directamente y en cuya solución se encuentra comprometido " [68] .

3.5.2. En la Sentencia C-180 de 1994 [69] , la Corte se pronunció sobre el derecho de participación en los siguientes términos: " La participación concebida dentro del sistema democrático a que se ha hecho referencia, inspira el nuevo marco sobre el cual se estructura el sistema constitucional del Estado colombiano. Esta implica la ampliación cuantitativa de oportunidades reales de participación ciudadana, así como su recomposición cualitativa en forma que, además del aspecto político electoral, su espectro se proyecte a los planos de lo individual, familiar, económico y social".

3.5.3. La Sentencia T-499 de 1995 [70] tuteló los derechos a la igualdad y a la participación de una persona que no pudo participar en el proceso de asignación de subsidios para la adecuación de vivienda urbana. En esta sentencia, la Corte Constitucional destacó que la participación de la comunidad en los procesos de distribución de bienes escasos es un elemento esencial, siendo fundamental para la transparencia, el control y la eficacia de los procedimientos:

"La participación de la comunidad en los procesos de distribución de bienes escasos es un elemento esencial para el logro de la transparencia de los procedimientos, el control de las decisiones y la eficiencia en la asignación del gasto social.

La participación crea ciudadanos responsables de su bienestar y neutraliza las relaciones clientelistas entre el Estado y la comunidad". En este sentido, la Corte agregó que la comunidad debe tener una incidencia real en los procesos de gestión pública y que para ello era necesario que tuviera conocimiento de los mismos:

“Una incidencia real de la comunidad en los procesos de gestión pública y el ejercicio adecuado de la acción colectiva en las decisiones que afectan a la ciudadanía, sólo es posible si ésta posee los conocimientos suficientes y necesarios. Esto con el fin de que las exclusiones finales, en un proceso de asignación de recursos escasos, no sean producto de la desinformación, la ignorancia o de la falta de capacidad técnica. La participación efectiva depende, también, de los mecanismos de defensa que estén a disposición de los beneficiarios.

3.5.5. La Sentencia T-652 de 1998 [71] tuteló los derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú , por cuanto durante el procedimiento seguido para la expedición de la licencia ambiental que permitió la construcción de las obras civiles de Urrá I, se omitió realizar la consulta previa a la comunidad indígena, respecto del contenido y efectos del proyecto hidroeléctrico que se planeaba desarrollar en su territorio.

En esta providencia, la Corte Constitucional consideró vulnerado el derecho a la participación consagrado en el artículos 40.2 y el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política 3.5.6.

En la Sentencia T-637 de 2001 [72] , se tuteló el derecho a la participación, a la igualdad y a la libre expresión de varios candidatos a la Alcaldía y al Concejo Municipal a quienes el alcalde del municipio les prohibió participar en un foro público en el Municipio de Yumbo.

En esta sentencia se señaló que el derecho a la participación es una expresión del principio democrático que supera la concepción de democracia representativa y, por ello, trasciende la esfera electoral. La Corte agregó que a través de este derecho, se fortalece el concepto de ciudadanía, como también el papel de los ciudadanos en las decisiones de la esfera pública que incluyen no sólo el ámbito electoral, sino cualquier proceso de decisión que afecta su vida:

“Con la Constitución de 1991 se inició constitucionalmente el tránsito de la democracia representativa a la participativa. Esta nueva concepción de nuestra democracia implica un cambio trascendental del sistema político, cuya primera y más clara manifestación se encuentra en la manera como se comprende al ciudadano como tal. El concepto de democracia participativa es más moderno y amplio que el de la democracia representativa. Abarca el traslado de los principios democráticos a esferas diferentes de la electoral, lo cual está expresamente plasmado en el artículo 2° de la Carta. Es una extensión del concepto de ciudadanía y un replanteamiento de su papel en una esfera pública que rebasa lo meramente electoral y estatal. El ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios que incidirán en el rumbo de su vida. Esto se manifiesta en varios artículos de la Carta sobre participación en escenarios diferentes al electoral”.

Adicionalmente, en esta sentencia se expuso que a través del derecho a la participación se puede alcanzar un mayor nivel de eficiencia y eficacia en el sistema estatal:

“En la democracia participativa no sólo se valora más al ciudadano sino que, en razón a ello, el sistema político puede alcanzar mayores niveles de eficiencia. Un Estado en el que los ciudadanos cuentan con el derecho de tomar parte de forma directa en las decisiones a adoptar, de controlar los poderes públicos, de calificar los resultados obtenidos para exigir responsabilidad política, es un Estado en el que probablemente se logrará satisfacer en más alto grado las necesidades de sus asociados. Dentro de ese espíritu, el artículo 2° de la Carta Política enuncia como fin primordial del Estado el de "servir a la comunidad".” Aunado a lo anterior, se destacó que la eficiencia y la eficacia del Estado no depende únicamente de los esfuerzos que se realicen individualmente por las personas encargadas de realizar determinada función o tarea, sino también de la eficacia de la participación , esto es, de la posibilidad de realizar efectivamente el derecho a la participación y de que ésta tenga un impacto.

3.5.7. La Sentencia T-060 de 2002 [73] también reconoció el derecho a la participación democrática al señalar que “ Los procesos de participación, incluso si ellos se orientan a cambiar las actuales reglas del juego, cuando se desarrollan dentro del ámbito definido por el ordenamiento jurídico, comportan la expresión de derechos constitucionales de la más

alta significación y deben estar rodeados de las más amplias garantías, garantías cuya necesidad es particularmente evidente cuando tales procesos obedecen a una actitud crítica hacia los actuales responsables por el gobierno de una determinada institución".

3.5.8. La Sentencia C-522 del 2002 [74] , para salvaguardar el derecho a la participación declaró la exequibilidad del parágrafo 2° del artículo 37 de la Ley 675 de 2001 en el entendido que cuando se trate de inmuebles destinados a vivienda, el voto de cada propietario equivaldrá al porcentaje de coeficiente de propiedad del respectivo bien privado, sólo para las decisiones de contenido económico conforme a lo expresado en la parte motiva de dicha sentencia.

En esa providencia, la Corte estableció que el derecho a la participación no está restringido al plano político, sino que es extensivo a varias esferas sociales, como, por ejemplo, en el interés por la deliberación que llevan a cabo cuerpos colectivos diferentes a los políticos. Igualmente, se resaltó que el ejercicio de la democracia participativa abarca al individuo como ciudadano en la multiplicidad de roles que desempeña:

"De otra parte, es necesario puntualizar que la Constitución Política de 1991 no restringe el principio democrático al ámbito político sino que lo extiende a múltiples esferas sociales. El proceso de ampliación de la democracia supera la reflexión sobre los mecanismos de participación directa y especialmente hace énfasis en la extensión de la participación de las personas interesadas en las deliberaciones de los cuerpos colectivos diferentes a los políticos. El desarrollo de la democracia se extiende de la esfera de lo político en la que el individuo es considerado como ciudadano, a la esfera social donde la persona es tomada en cuenta en su multiplicidad de roles, por ejemplo, como trabajador, estudiante, miembro de una familia, afiliado a una empresa prestadora de salud, consumidor etc. Ante la extensión de la democracia la Corte Constitucional ha señalado que el principio democrático que la Carta prohíja es a la vez universal y expansivo [75] .

Universal porque compromete varios escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que válidamente puede interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por lo tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder. Es expansivo pues porque ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción [76] " (negrilla fuera del texto).

3.5.9. La Sentencia T-025 de 2004 [77] y posteriormente el Auto 383 de 2010 establecieron por su parte que para la superación del estado de cosas inconstitucional en relación con la situación de la población desplazada era necesario que las organizaciones que representaban a este grupo social tuvieran la oportunidad de participar en la toma de decisiones sobre su atención en calidad de víctimas del delito de desplazamiento forzado. Esto suponía conocer el contenido de las decisiones y poder expresar su opinión al respecto [78] .

3.5.10. La Sentencia C-127 de 2004 [79] se refirió a la participación de los propietarios en el consejo de administración en la propiedad horizontal y reconoció que este derecho no se circunscribe al campo electoral, sino que trasciende a los espacios públicos y privados en donde se adoptan decisiones que impacten a la comunidad:

"De las normas superiores sobre las que se edifica la democracia participativa, se infiere que el derecho de participación de todas las personas no se circunscribe al ámbito electoral, sino que permea todos los ámbitos públicos, privados, sociales, familiares y comunitarios, en los cuales se han de tomar decisiones que afectan a toda la comunidad, como sucede con las decisiones adoptadas al interior de una copropiedad".

3.5.11. La Sentencia T-717 de 2004 [80] concluyó que se vulneraba el derecho a la participación por no haberse usado el sistema de cuociente electoral en una asamblea de copropietarios [81] . En esta sentencia, la Corte reconoció que el

derecho a la participación tiene el carácter de fundamental y se extiende a los múltiples campos de la actividad del individuo:

“La Corte ha precisado que este derecho no debe entenderse circunscrito al ámbito político. La participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectan tiene que ver con otros aspectos de su vida ajenos al ejercicio de cargos de orden nacional, departamental o municipal. La gestión de los asuntos del vecindario, del lugar donde se reside o se es copropietario, que es donde por regla general se afectan los principales intereses cotidianos del individuo y de la familia, es de especial importancia y se encuentra cobijado por el artículo 40 de la Constitución y, en tanto derecho fundamental, protegido por el mecanismo constitucional de la tutela. La participación, cualquiera que sea el ámbito de aplicación respecto del cual se predique, admite modulaciones cuya precisión le corresponde, en primer lugar, al legislador. A éste le compete seleccionar ,entre las opciones normativas que estén de acuerdo con la Constitución, la configuración que desarrolle de mejor manera el derecho en cuestión”.

3.5.12. La Sentencia T-983 A de 2004 [82] destaca la importancia del derecho a la participación, relacionando el mismo con el carácter democrático del Estado y con el derecho al libre desarrollo de la personalidad del individuo:

“.... es pertinente aclarar que el carácter fundamental del derecho de participación va más allá del mero cumplimiento de una función institucional. En efecto, la naturaleza esencial del citado derecho no sólo se debe a que es una condición necesaria para garantizar que el Estado siga siendo democrático, sino también a que su ejercicio pertenece a un desarrollo cabal del derecho a la libre personalidad del ser humano. En este contexto, piénsese que en toda sociedad existen individuos que deciden ejercer su libertad para influenciar o hasta dirigir el destino de la comunidad política de la cual forman parte, pues son conscientes de la indisolubilidad de su propio futuro y el de su colectividad. De suerte que, en un Estado democrático, esa decisión individual de participar activamente en la conformación y en desarrollo de una sociedad, debe ser garantizada y promovida por el mismo Estado, pues de su funcionamiento depende en gran medida la efectividad de la democracia como régimen político de organización estatal”.

3.5.13. La Sentencia T-1005 de 2006 [83] reconoce que el derecho a la participación tiene carácter fundamental y de aplicación inmediata que se funda en los artículos 1 y 2 de la Constitución Política:

“(...) es indiscutible que la participación es un elemento de importancia estructural para el ordenamiento constitucional colombiano; tanto así que, de conformidad con el Preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Carta, es uno de los principios fundantes del Estado y, simultáneamente, uno de los fines esenciales hacia los cuales se debe orientar su actividad.” [84] Retomando lo anteriormente expuesto, puede concluirse que el derecho a la participación (i) es un derecho fundamental;

(ii) es una expresión del principio democrático del Estado Social de Derecho; (iii) su fundamento, entre otras disposiciones superiores, se encuentra en el artículo 2 que establece como fin estatal “…facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan…” ;

(iv) expresa un modelo de comportamiento de los ciudadanos; y (v) a través de esta garantía, se fortalecen y democratizan las instancias de representación y se promueven valores constitucionales como el pluralismo y la tolerancia.

3.6. ANÁLISIS DE LA NORMA DEMANDADA 3.6.1. Alcance del artículo 6° de la Ley 91 de 1989 3.6.1.1. La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica [85] con los siguientes objetivos:

“1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado. 2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.

3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.

4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.

5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones" [86] .

3.6.1.2. El artículo 6º de la esta ley contempla la existencia de un Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, integrado por los siguientes miembros:

" 1. El Ministro de Educación Nacional o el Viceministro, quien lo presidirá. 2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado. 3. El Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado.

4. Dos representantes del magisterio, designados por la organización gremial nacional que agrupe el mayor número de asociados docentes. 5. El Gerente de la entidad fiduciaria con la cual se contrate, con voz pero sin voto." 3.6.1.3.

De esta manera, es claro que en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales tienen representación una serie de entidades públicas, el Gerente de la entidad fiduciaria que administra el fondo y dos (2) representantes del magisterio, designados por la organización gremial nacional que agrupe el mayor número de asociados docentes, por lo cual no se plantea la representación de ex docentes pensionados, pues los mismos no tienen la calidad de docentes activos.

3.6.2. Vulneración del derecho a la igualdad 3.6.2.1. Esta Corporación ha señalado que: "un control sobre el legislativo por violación del principio de igualdad sólo procede: a) cuando se está frente a un tratamiento desigual, sin ninguna razón que lo permita; b) cuando se está en presencia de un tratamiento igual, habiendo una razón que lo obstaculice" [87] .

3.6.2.2. En este caso se configura un tratamiento desigual constituido por la representación de los docentes activos en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y la imposibilidad de que en el mismo participen los ex docentes pensionados, lo cual se evidencia a partir de la propia redacción de la norma demandada que señala que harán parte del Consejo Directivo: " Dos representantes del magisterio, designados por la organización gremial nacional que agrupe el mayor número de asociados docentes" .

Esta situación excluye de la posibilidad de hacer parte de éste a asociaciones de ex docentes pensionados, pues claramente los mismos ya no tienen la calidad de docentes. Por lo anterior, tal como lo señala el accionante, aquellos ex docentes pensionados que ya no estén activos no podrán estar directamente representados en este Consejo.

3.6.2.3. Adicionalmente, no existe ninguna justificación para que exista un tratamiento desigual en la participación de los ex docentes pensionados en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, pues ambos grupos son afectados igualmente por las determinaciones que se adopten en este fondo:

Los ex docentes pensionados son claramente afectados por múltiples determinaciones que se adoptan al interior del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, teniendo en cuenta los objetivos de dicho fondo y las funciones del Consejo Directivo:

(i) En el artículo 5º de la Ley 91 de 1989 se señalan los objetivos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los cuales hay algunos que tienen gran importancia para los pensionados como:

“1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado. 2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo”.

(ii) En el artículo 7º de la Ley 91 de 1989 se establecen las funciones del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales dentro de las cuales deben destacarse algunas que tienen una incidencia directa en los pensionados no activos tales como:

“ 1. Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento. (…) 4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos”.

3.6.2.4. Por lo anterior no existe ninguna justificación para que los ex docentes pensionados tengan un trato discriminatorio y no se les permita participar dentro de un consejo que toma decisiones que los afectan, lo cual se agrava pues se trata de una población frente a la cual se deberían adoptar acciones afirmativas teniendo en cuenta su especial condición.

3.6.3. Vulneración del derecho a la participación La democracia constitucional consiste no sólo en la representatividad política de las funciones de gobierno, sino también en el conjunto de normas que limitan y vinculan el ejercicio de los poderes públicos a la garantía de los derechos de todos [88] .

Desde esta perspectiva, el concepto democrático de persona se halla en el trasfondo de los enunciados constitucionales. [89] 3.6.3.1. Una de las manifestaciones del principio democrático son los derechos de participación, cuya importancia radica en que “…las posiciones derivadas de los derechos fundamentales democráticos atribuyen al ciudadano un poder jurídico para obtener del Estado y del Derecho la modificación de una situación jurídica, como reacción a su conducta participativa” [90] .

3.6.3.2. El principio del Estado Social y Democrático de Derecho y la naturaleza expansiva del principio democrático, implican que las garantías democráticas, como el derecho a la participación, irradian todos los derechos fundamentales.

3.6.3.3. En el derecho laboral una de las principales manifestaciones de la democracia constitucional ha sido el reconocimiento de la autonomía colectiva y de las formas colectivas de autotutela que permiten compensar la disparidad de la fuerza contractual existente entre los empleadores y los trabajadores [91] .

3.6.3.4. En este sentido, la Corte ha reconocido que “La participación de todas las personas interesadas en el resultado de un proceso de toma de decisiones, es tal vez el más importante de los "principios democráticos" a que se refiere el artículo 39 de nuestra Constitución. Siendo el sindicato el foro de discusión y decisión por excelencia de asuntos determinantes para el desarrollo de las relaciones entre empleador y empleados, forzoso es concluir que el respeto a la posibilidad de participar en él es un límite del fuero interno otorgado por el ordenamiento Jurídico a los sindicatos” [92] .

3.6.3.5. La Sentencia C-385 de 2000 [93] destacó la estrecha relación que existe entre la libertad de asociarse en sindicatos y el derecho a la participación:

“La Corte estima necesario precisar que el derecho de asociación sindical, debe necesariamente considerarse integrado a la concepción democrática del Estado Social de Derecho, pluralista, participativo, fundado en el respeto de la dignidad y de la solidaridad humanas, que reconoce y protege unas libertades básicas, si se repara que la libertad de asociarse en sindicatos no es otra cosa que la proyección de un conjunto de libertades fundamentales del hombre, como las de expresión y difusión del pensamiento y opiniones e información, y de reunión, las cuales conducen a afirmar el derecho de participación en la toma de decisiones relativas a los intereses comunes de los asociados, que constituye el punto de partida para la participación política”.

3.6.3.6. Así mismo, se ha señalado que el derecho de asociación sindical es fundamental para el desarrollo del contenido democrático del Estado Social de Derecho:

“Esta Corporación se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el derecho de asociación sindical, afirmando que el mismo: “debe necesariamente considerarse integrado a la concepción democrática del Estado Social de Derecho, pluralista, participativo, fundado en el respeto de la dignidad y de la solidaridad humanas, que reconoce y protege unas libertades básicas, si se repara que la libertad de asociarse en sindicatos no es otra cosa que la proyección de un conjunto de libertades fundamentales del hombre, como las de expresión y difusión del pensamiento y opiniones e información, y de reunión, las cuales conducen a afirmar el derecho de participación en la toma de decisiones relativas a los intereses comunes de los asociados, que constituye el punto de partida para la participación política."

[94] 3.6.3.8. La norma demandada excluye expresamente de participar en el Consejo Directivo a los ex docentes pensionados, pues se refiere a: “ Dos representantes del magisterio, designados por la organización gremial nacional que agrupe el mayor número de asociados docentes” , lo cual no incluye a los ex docentes pensionados, pues ya no tienen la calidad de docentes, y por tanto no hacen parte de la categoría de asociados docentes.

En este sentido, esta Corporación ha reconocido la importancia del régimen de salud [95] y pensiones [96] para los pensionados en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual exige que los mismos puedan participar en las decisiones que se adopten frente a estos derechos, pues se trata precisamente de dos (2) de las prestaciones más importantes que existen para este grupo de población.

3.6.4. EXISTENCIA DE UNA OMISIÓN LEGISLATIVA De acuerdo a lo anteriormente expuesto se puede concluir que el artículo 6° de la Ley 91 de 1989 vulnera los derechos a la igualdad y a la participación de los ex docentes pensionados, reuniendo además los requisitos señalados por la jurisprudencia para que se configure una omisión legislativa, por las siguientes razones:

3.6.4.1. En primer lugar, se exige “que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo” [97] . En este caso, el accionante planteó que la omisión legislativa se refiere al artículo 6° de la Ley 91 de 1989.

3.6.4.2. En segundo lugar, se requiere que la norma “excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta” [98] .

En este caso, la disposición demandada excluye de sus consecuencias jurídicas un evento que tenía que estar contenido en el texto normativo cuestionado, como es la representación de los ex docentes pensionados en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales. Al respecto cabe reiterar que las decisiones que se adopten en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales afectan directamente los intereses de los ex docentes pensionados, pues este fondo tiene entre otras funciones efectuar el pago de sus prestaciones sociales y garantizar la prestación de sus servicios médico-asistenciales, los cuales tienen una incidencia profunda en los derechos fundamentales y en la calidad de vida de los ex docentes pensionados.

3.6.4.3. En tercer lugar se exige “ que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente” [99] . La exclusión de los casos o ingredientes carece de una justificación razonable; pues no existe ninguna razón para que se excluya completamente a los pensionados ex docentes de un consejo directivo que tiene funciones esenciales en el manejo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del cual depende el pago de las prestaciones sociales y los servicios medico asistenciales, lo cual vulnera sus derechos a la participación y a la igualdad.

3.6.4.4. En cuarto lugar, se necesita " que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma" [100] .

En este caso, mientras los docentes activos tienen una clara representación en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, los ex docentes pensionados estarían excluidos del mismo, lo cual podría hacer prevalecer los derechos de los docentes activos sobre los derechos de los ex docentes pensionados.

En este sentido, si se consulta la norma demanda puede concluirse que la misma hace referencia a los docentes activos al incluir en el Consejo:

" Dos representantes del magisterio, designados por la organización gremial nacional que agrupe el mayor número de asociados docentes", pues los ex docentes pensionados claramente no tienen la calidad de docentes, estando representados solamente aquellos que tienen la calidad de pensionados pero siguen activos.

3.6.4.5. Finalmente, se exige que "la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador" [101] , tales como son: la protección especial de la tercera edad, consagrado en el artículo 46 de la Constitución Político y desarrollado por la jurisprudencia de esta corporación [102] y el derecho a la participación en las decisiones que afectan a este grupo social, el cual cobra especial importancia pues el pago de las prestaciones sociales y los servicios de salud son vitales para este grupo de personas.

En este sentido, como ya se manifestó, el derecho a la participación exige la posibilidad de todos de participar en las decisiones que los afectan, tal como señala el artículo 2º de la Constitución, garantía que resulta una expresión esencial del carácter democrático y pluralista del Estado Social de Derecho y que se ve vulnerado si se excluye a un grupo de población de poder participar en decisiones tan trascendentales para los ex pensionados como son precisamente sus prestaciones sociales.

3.6.4.6. La diferenciación entre los docentes no pensionados, los docentes pensionados y los docentes pensionados retirados (o ex docentes pensionados) se explica claramente en el Informe No. 19 de 2011 de FECODE realizado con corte al 28 de mayo de 2011:

Grupo Número de afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Docentes activos 335.235 Total de pensionados 123. 960 Pensionados retirados 71.113 Total docentes y pensionados 400. 700 Esta cifra está teniendo una variación muy importante que tiende a un aumento significativo del número de pensionados y en especial de los ex docentes pensionados, pues en mayo de 2011 el 59,87 por ciento de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tenía más de cuarenta (40) años, de los cuales el 52.72 por ciento tenía más de cincuenta (50) años:

Edad Número de afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Porcentaje frente al total de afiliados Menores de 30 años 35. 687 10.64% Entre 30 y 40 años 84. 531 25.21 % Entre 40 y 50 años 108. 660 32.41 % Entre 50 y 60 años 92. 058 27.46 % Mayores de 60 años 14. 299 4.26 % Las anteriores cifras demuestran claramente que: (i) el grupo de ex docentes pensionados, es decir, que ya no se encuentran activos en Colombia, es alta (71.113), (ii) el número de docentes pensionados (activos y retirados) también es considerable (123. 960) y (iii) que en muy pocos años esta cifra se incrementará teniendo en cuenta que estos docentes obtienen su pensión a una edad menor que en el régimen general.

3.6.4.7. Por lo anterior se puede concluir la existencia de un déficit de protección de los ex docentes pensionados en la conformación del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales que solamente puede ser solucionado si se permite su participación directa en el mismo.

Sin embargo, en virtud del principio democrático esta Corporación no es competente para definir la composición específica del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales. Así mismo, adoptar una decisión sobre el número de miembros que representen a los ex docentes pensionados podría tener consecuencias complejas en el funcionamiento de este organismo, pues si se agregan miembros podrían afectarse las mayorías determinadas por el legislador, lo cual debe ser decidido por el Congreso de la República.

En este sentido, esta Corporación ha reconocido que en estos casos el exhorto permite respetar la facultad de configuración del Congreso y garantizar los derechos de los asociados:

“ El exhorto se formula con total respeto hacia la facultad de configuración que le corresponde al Congreso de la República, para propiciar la colaboración entre la Corte y el órgano representativo por excelencia y en procura de garantizar la atención de los derechos de los asociados, mas como quiera que el déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo es evidente y reclama urgente respuesta institucional, la Corporación estima indispensable fijar un término para que el Congreso de la República expida la regulación que respetuosamente se le solicita” [103] .

Por lo anterior, dado el déficit de protección advertido, los ex docentes pensionados deberán tener una representación con voto en el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, para lo cual se exhortará al Congreso de la República con el fin de que a la luz de las consideraciones de esta providencia, regule la composición del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales incluyendo al menos un representante de los ex docentes pensionados designado por la organización gremial nacional que agrupe el mayor número de los mismos.

4. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional , administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 6° de la Ley 91 de 1989.

SEGUNDO.- EXHORTAR al Congreso de la República para que, a la luz de las consideraciones de esta providencia, regule la composición del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales incluyendo al menos un representante de los ex docentes pensionados designado por la organización gremial nacional que agrupe el mayor número de los mismos.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Presidente MARÍA VICTORIA CALLE CORREA MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Magistrado Magistrado LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA Magistrado Magistrado JORGE IVÁN PALACIO PALACIO NILSON PINILLA PINILLA Magistrado Magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General [1] Escrito de corrección de la demanda presentada por el ciudadano Cristóbal Hernández, págs. 4 y 5.

[2] Escrito de corrección de la demanda presentada por el ciudadano Cristóbal Hernández, pág. 5. [3] Escrito de corrección de la demanda presentada por el ciudadano Cristóbal Hernández, pág. 5.

[4] Escrito de corrección de la demanda presentada por el ciudadano Cristóbal Hernández, pág. 6. [5] Escrito de corrección de la demanda presentada por el ciudadano Cristóbal Hernández, pág. 7.

[6] Escrito de corrección de la demanda presentada por el ciudadano Cristóbal Hernández, pág. 8. [7] Concepto del Procurador General de la Nación, pág. 3: “El ejercicio del su competencia constitucional y dentro de un amplio margen de configuración legislativa, el Congreso de la República reguló el régimen prestacional especial de los docentes, por medio de la Ley 91 de 1989. Hace parte de este régimen lo relativo a las prestaciones sociales del magisterio, como es el caso de las cesantías y las vacaciones, y lo relativo con el régimen pensional y la prestación de servicios médico asistenciales a los maestros.

Para atender los compromisos reconocidos en el régimen en comento, en su artículo 3° la Ley 91 de 1989 crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad financiera estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tiene más del 90% de capital. En la práctica esta entidad ha sido la Fiduciaria La Previsora S.A.

Según el artículo 5 ibídem, el fondo en comento tiene cinco objetivos, a saber: pagar las prestaciones sociales del personal afiliado; garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales, contratado con otras personas, conforme a las instrucciones impartidas por el Consejo Directivo del fondo; llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo y de manera tal que sirva de base para consolidar la nómina y preparar el correspondiente presupuesto; velar que tanto los aportes de la Nación como la transferencia de los descuentos hechos a los maestros, sean oportunos; y cuidar que las entidades deudoras del fondo cumplan de manera diligente con el pago de sus obligaciones.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales tiene un Consejo Directivo, integrado por seis miembros: los ministros de Educación Nacional, de Hacienda y Crédito Público y de Trabajo y Seguridad Social, o sus delegados; dos representantes del magisterio; y el gerente de la entidad fiduciaria, que tiene voz pero no voto, al tenor de lo previsto en el artículo 6° ibíd.”.

[8] Concepto del Procurador General de la Nación, pag. 4. [9] Concepto del Procurador General de la Nación, pag. 5 [10] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[11] Sentencia de la Corte Constitucional C-555 de 1994 , M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: “Las formas sustanciales de derecho público, se ha concluido, no pueden ser desechadas por el Juez que pretende aplicar el principio de primacía de la relación laboral. Sin embargo, la Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad de una norma legal, sí es competente para pronunciarse sobre la exclusión de dichas formas, cuando ello acarrea, frente a un supuesto de hecho similar, la configuración de un tratamiento discriminatorio. Aquí la inexequibilidad derivaría de la conducta omisiva del Legislador que propicia la desigualdad de trato y que consiste en no extender un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo”.

[12] M.P. Carlos Gaviria Díaz. [13] Sentencia de la Corte Constitucional C-543 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. [14] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[15] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra [16] Sentencia de la Corte Constitucional C-780 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [17] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[18] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. [19] M.P.(e) Rodrigo Uprimny Yepes. [20] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [21] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [22] Sentencia de la Corte Constitucional C-185 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil: “Ahora bien, para efectos de proceder al examen de constitucionalidad de una disposición jurídica, por haber incurrido el Congreso en omisión legislativa relativa, la Corte ha considerado necesario el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la

norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.” [23] Sentencia de la Corte Constitucional C-800 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[24] M.P. Jaime Cordoba Triviño. [25] Sentencia de la Corte Constitucional C-192 de 2006 . [26] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [27] Sentencia de la Corte Constitucional C-891A de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil : “En esta sentencia la Corte consideró que “Como se ha explicado, en el segmento demandado del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 reside una omisión legislativa de carácter relativo que es inconstitucional, porque la actualización de la pensión sanción que viene exigida por los artículos 48 y 53 de la Constitución no tiene en él una base textual. La acusación que la actora formuló en contra del aparte demandado ha prosperado de manera autónoma, pues la inconstitucionalidad de la omisión se ha establecido sin necesidad de recurrir a ningún otro texto legal, luego la impugnación resultó apta y recayó sobre una proposición inteligible y separable”.

[28] Sentencia de la Corte Constitucional C-891A de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil [29] Sentencia de la Corte Constitucional C-891A de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil:

“Más adelante la Corte precisó que las omisiones legislativas de carácter relativo de las cuales puede conocer la Corte, por vía del ejercicio ciudadano de la acción pública de inconstitucionalidad, no están limitadas a aquellos casos relacionados con los derechos a la igualdad y al debido proceso, pues cuando la Corte mencionó estos derechos lo hizo con la intención de “ilustrar dos situaciones en las cuales ellas se presentan con relativa frecuencia”, mas no con el propósito de “restringir el ámbito de aplicación de la figura de las omisiones legislativas relativas” [29] y, en criterio de la Corte, eso explica que en la sentencia inicialmente citada se haya estimado que también se presente una omisión legislativa relativa cuando “el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella” [29] .

[30] Sentencia de la Corte Constitucional C-891A de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil: . [31] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [32] Sentencia C-1043 de 2006, M .P. Rodrigo Escobar Gil:

“ La Corte ha considerado que para que quepa el examen de constitucionalidad de una disposición jurídica, por haber incurrido el Congreso en omisión legislativa relativa, es necesario el cumplimiento de las siguientes condiciones: “(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.” [33] Sentencia de la Corte Constitucional C-1043 de 2006, M .P. Rodrigo Escobar Gil.

[34] M.P. Mauricio González Cuervo. [35] Sentencia de la Corte Constitucional C-240 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo. [36] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[37] Sentencia de la Corte Constitucional C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva : “Los rasgos característicos de una omisión legislativa relativa se han sistematizado así:

(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos

de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador".

[38] Sentencia de la Corte Constitucional C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [39] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [40] Cfr. Sentencias de la Corte Constitucional: C-1436 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-1052 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-426 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

[41] Sentencia de la Corte Constitucional C – 090 de 2011, M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [42] M.P. María Victoria Calle Correa. [43] Sentencia de la Corte Constitucional C-100 de 2011.

[44] M.P. María Victoria Calle Correa . [45] Sentencia de la Corte Constitucional C-600 de 2011, M .P. María Victoria Calle Correa. [46] Sentencia de la Corte Constitucional C-600 de 2011, M .P. María Victoria Calle Correa.

[47] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. [48] Sentencia C-619 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: " Con todo, se debe tener en cuenta también que la acción pública de inconstitucionalidad debe plantear de manera clara una vulneración de la Constitución; por ello, la omisión debe presentar dos condiciones en el escrito de la demanda. La primera, una argumentación que permita concluir que de la omisión se deriva directamente la vulneración de normas constitucionales, por parte de las disposiciones que se acusan; y la segunda, que el vacío derivado de ello puede ser llenado por la Corte Constitucional. Esto excluye la posibilidad de que por vía de acción pública de inconstitucionalidad, se demanden normas que no vulneran la Constitución, sino que a juicio del demandante ésta debió incluir regulaciones adicionales. Así como también, no se admite que por esta vía se proponga a la Corte regular situaciones no consideradas por el legislador.

7.- De otro lado, la Corte ha declarado también, que no tiene competencia para conocer acerca de demandas dirigidas en contra de omisiones legislativas absolutas. Para ello se considerado que "(i) no es metodológicamente posible el examen de constitucionalidad en estos casos por la carencia de norma susceptible de control [48] , (ii) es indispensable que la demanda de inconstitucionalidad recaiga sobre un texto real y no simplemente deducido por el actor o implícito, (iii) la declaración de inexequibilidad total o parcial de una disposición legislativa requiere previamente definir si existe una oposición definitiva y verificable entre lo que dispone el precepto acusado y lo que manda la Constitución. Finalmente, la ausencia de regulación de una determinada materia no necesariamente puede ser objeto de reproche constitucional, ya que los silencios del Legislador en determinados casos son expresiones de su voluntad.".

[49] Sentencia C-619 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto . [50] Sentencia C 642 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [51] Sentencia de la Corte Constitucional C – 642 de 2012, M.P.

Luis Ernesto Vargas Silva. [52] Corrección de la demanda presentada por el ciudadano Cristóbal Hernández, pág. 10. [53] Demanda presentada por el ciudadano Cristóbal Hernández, págs. 8 y 9.

[54] Corrección de la demanda presentada por el ciudadano Cristóbal Hernández, págs. 4 y 5. [55] Demanda presentada por el ciudadano Cristóbal Hernández, pág. 10.

[56] Los cargos por violación del derecho a la igualdad deben señalar con claridad i) los grupos involucrados o situaciones comparables, ii) el supuesto trato discriminatorio introducido y iii) qué justificaría dar un tratamiento distinto al previsto en la normas acusada (Sentencias de la Corte Constitucional C-913 de 2004. Cft. sentencias de la Corte Constitucional C-819 de 2010, C-805 de 2009, C-308 de 2009, C-246 de 2009, C-1195 de 2008, C-545 de 2007, C-402 de 2007, C-507 de 2006, C-555 de 2005, C-127 de 2006, C-1146 de 2004, C-1115 de 2004 y C-1052 de 2004).

[57] Entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 13 sobre el derecho a la educación, la Conferencia sobre el Medio Ambiente Humanos de Estocolmo de 1972, la Carta Mundial de la

Naturaleza, la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro de 1992, la Conferencia Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo.

[58] Artículo XIII. Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.

Derecho a los beneficios de la cultura. [59] Artículo XX. Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.

Derecho de sufragio y de participación en el gobierno. [60] Artículo XXI. Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole.

[61] Artículo XXII. Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

[62] Artículo 6. [63] Artículo 23. Derechos Políticos 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

[64] Entre otros artículos de la Constitución Política en los que puede identificarse el derecho a la participación se encuentran; 3° (soberanía popular), 20 (libertad de opinión, prensa e información), 23 (derecho de petición), 37 (derecho de reunión), 38 (derecho de asociación), 49 (participación en los servicios de salud), 74 (libre acceso a los documentos públicos), 103 (mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de la soberanía), 270 (sistemas de participación ciudadana para la vigilancia de la gestión pública) y 369 (participación de usuarios de servicios públicos). Ver sentencias T-814 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-473 de 2003 M.P. Jaime Araujo Renteria, T-127 de 2004 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[65] M.P. Hernando Herrera Vergara. [66] Ver “La Participación en la Gestión Ambiental. Un reto para el nuevo milenio” Rodríguez, Gloria Amparo y Múñoz Ávila, Lina Marcela. Colección de textos de jurisprudencia, Ed.

Universidad del Rosario (2009). [67] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. [68] Sobre los alcances jurídicos de la democracia participativa, Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T- 03 de 1992, T-439 de 1992 y C-537 de 1993, entre otras.

[69] M.P. Hernando Herrera Vergara. [70] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [71] M.P. Carlos Gaviria Díaz. [72] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [73] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[74] M.P. Jaime Córdoba Triviño [75] Sentencia de la Corte Constitucional C-089 de 1994. [76] Ibidem” [77] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [78] Sentencia T 025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.: “TERCERO – Comunicar, por medio de la Secretaría General, el estado de cosas inconstitucional al Ministro del Interior y de la

Justicia, para que promueva que los gobernadores y alcaldes a que se refiere el artículo 7º de la Ley 387 de 1997, adopten las decisiones necesarias para asegurar que exista coherencia entre las obligaciones, constitucional y legalmente definidas, de atención a la población desplazada a cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos que debe destinar para proteger efectivamente sus derechos constitucionales. En la adopción de tales decisiones ofrecerán oportunidades suficientes de participación efectiva a las organizaciones que representen los intereses de la población desplazada. Las decisiones adoptadas serán comunicadas al Consejo Nacional a más tardar el 31 de marzo de 2004" [79] M.P. Alfredo Beltrán Sierra [80] M.P. Jaime Araujo Renteria.

[81] Un sistema de mayorías fue el que aplicó la Asamblea en el caso en estudio. Este sistema es el que se usa necesariamente cuando se va elegir a un solo representante (circunscripción uninominal), pero su aplicación también es posible en el caso de circunscripciones plurinominales; es decir cuando se desea adjudicar varios puestos. Por oposición a los sistemas de mayorías, los sistemas proporcionales suponen una elección de representantes de tal manera que se ve reflejada de manera más exacta la opinión de los votantes;

el objetivo que se persigue es que quien obtenga mayor votación obtenga mayor representación, pero que también las minorías cuenten con participación.

Considera la Sala que en este punto se evidencia la vulneración por parte de la Asamblea de Copropietarios al hacer uso de un sistema de mayorías, cuando la elección debió hacerse con aplicación del sistema proporcional. La norma que resultaba aplicable en el caso, que indica la clara vocación pluralista del reglamento y puede ser entendida como un desarrollo del principio de expansión democrática, fue excluida en virtud de una conducta que no solo socavaba la participación en el Consejo de Administración de todos los intereses representados en la comunidad sino que concretamente impidió la participación de los miembros de la plancha dos (2). Es decir, la Asamblea actuó en contra de la comunidad misma y de quienes estaban llamados a representar una minoría.

[82] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [83] M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [84] Sentencia de la Corte Constitucional C-169 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[85] Artículo 3º de la Ley 91 de 1989: " Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad".

[86] Artículo 5º de la Ley 91 de 1989. [87] Sentencia de la Corte Constitucional C-1188 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [88] FERRAJOLI, L: Principia Iuris. Teoría de la democracia, Trotta, Madrid, 2011, pág. 96.

[89] Ibídem [90] Höfling, citado en i bídem, p. 319. [91] FERRAJOLI, L: Principia Iuris. Teoría de la democracia, Trotta, Madrid, 2011, pág. 238 [92] Sentencia de la Corte Constitucional T-173 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[93] M.P. Antonio Barrera Carbonell. [94] Sentencia de la Corte Constitucional T-080 de 2002, M.P. Jaime Araújo Renteria. [95] Sentencias de la Corte Constitucional C-369 de 20 04 , T-1084 de 2007 , T-730 de 2008 y T-756 de 2011 .

[96] Sentencias de la Corte Constitucional C-369 de 2004 , T-730 de 2008 y T-756 de 2011 . [97] Sentencias de la Corte Constitucional C-185 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil;

C-1043 de 2006, M .P. Rodrigo Escobar Gil; C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-100 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa. [98] Sentencias de la Corte Constitucional C-185 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil;

C-1043 de 2006, M .P. Rodrigo Escobar Gil; C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-100 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa. [99] Sentencias de la Corte Constitucional C-185 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil;

C-1043 de 2006, M .P. Rodrigo Escobar Gil; C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-100 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa. [100] Sentencias de la Corte Constitu cional C-185 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil;

C-1043 de 2006, M .P. Rodrigo Escobar Gil; C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-100 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa. [101] Sentencias de la Corte Constitucional C-185 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil;

C-1043 de 2006, M .P. Rodrigo Escobar Gil; C-936 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-100 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa. [102] Ver Sentencias de la Corte Constitucional T-456 de 2007 , T-686 de 2008 , T-074 de 2011 , T-073 de 2011 , T-857 de 2011 , entre otras.

[103] Sentencia de la Corte Constitucional C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 30 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.