



Universidad de  
**La Sabana**

Concepto personal sobre Ley 1797 de 2016, art. 12, literal b). Prelación de Créditos.  
Elaborado por el Prof. Dr. Hernán Alejandro Olano García, MSc., LL.M., PhD.

**EN LO ACADÉMICO, LIBERTAD; EN LO PERSONAL, RESPETO.**

Campus Universitario del Puente del Común, Chía, Cundinamarca, noviembre  
16 de 2017.

H. Magistrada  
DIANA CONSTANZA FAJARDO RIVERA  
H. CORTE CONSTITUCIONAL.  
Calle 12 # 7-65  
Palacio de Justicia Alfonso Reyes Echandía  
E.S.D.

**Referencia:** Expediente Número D-12249.  
**Norma Acusada:** Demanda contra la Ley 1797 de 2016, artículo 12, literal b).  
**Actor:** **Gabriel Ibarra Pardo.**

Respetada Señora Magistrada:

Hernán Alejandro Olano García, MSc., PhD., ciudadano en ejercicio identificado como aparece al pie de mi firma, a título personal, aun cuando actuando como comisionado de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, entidad en la cual ostento el título de Miembro de Número, así como en mi condición de Cabildero Inscrito ante la Cámara de Representantes #071 y, desde mi cargo de Director del Programa de Humanidades en la Universidad de La Sabana, en virtud de la invitación que se le cursó a la Academia, mediante Auto del veintiséis (26) de octubre del presente año, a través el presente escrito y dentro del término concedido, presento mi posición personal (nunca Institucional, por cuanto para ello se requiere la aprobación previa en sesión ordinaria de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, que no se ha producido) como respuesta al Oficio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, recibido en la Academia el día siete (7) de noviembre del presente año, en relación con el proceso de la referencia, seguido en contra de la Ley 1797 de 2016, artículo 12, literal b).

Universidad de La Sabana  
FACULTAD DE FILOSOFÍA Y CIENCIAS HUMANAS  
Campus Universitario del Puente del Común, Km. 7, Autopista Norte de Bogotá D.C.,  
Chía, Cundinamarca, Colombia  
PBX: 861 5555 – 861 6666 – Fax: 8616010 – Apartado 140013



**EN LO ACADÉMICO, LIBERTAD; EN LO PERSONAL, RESPETO.**

### **PRELIMINARES:**

Mediante oficio 4314 de noviembre siete (7) de 2017, emanado de la Secretaría General de la Corte Constitucional y recibido en la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la H. Magistrada Diana Constanza Fajardo Rivera solicita al Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, académico de número doctor Cesáreo Rocha Ochoa, que si lo estimase oportuno se rindiese opinión especializada sobre la disposición que es materia de la impugnación, concepto que de acuerdo con el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991 se emite dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la citada comunicación.

El diez (10) de noviembre de 2017, el Señor Secretario General de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, académico de número doctor Álvaro Barrero Buitrago, ha tenido a bien asignarme la consulta formulada con el propósito de dar respuesta a la misma.

Luego de referirse a la competencia de la Corte Constitucional, así como de la transcripción correspondiente de la norma acusada, el demandante pasa a incluir como precepto constitucional vulnerado el artículo 13 Superior.

Posteriormente, el actor define el concepto y alcance del derecho a la igualdad; reseña el test de igualdad diseñado por la Corte Constitucional; define el criterio de comparación acerca de las entidades vinculadas al sistema de prestación de servicios de salud en Colombia y, aplica el test de igualdad, con el propósito de evidenciar al violación de la norma constitucional, “por cuenta de la ausencia de razonabilidad del otorgamiento de un trato diferenciado a empresas que, en cuanto al criterio de comparación aplicable y relevante, se encuentran en la misma situación”.

### **DEL CONCEPTO SOLICITADO:**

El uso de las palabras igualdad, imparcialidad y neutralidad es útil para intentar una aproximación a aquello que debe entenderse por igualdad, derecho de estirpe fundamental en nuestra Constitución. Por eso, descartando el igualitarismo legal, hoy la búsqueda de la justicia supone cierto grado de discriminación para no dejar al débil a merced del más fuerte con el pretexto de una igualdad formal que en la realidad no existe.



**EN LO ACADÉMICO, LIBERTAD; EN LO PERSONAL, RESPETO.**

Se puede decir que, **la igualdad siempre implica unos criterios de diferenciación**, como de hecho se observa en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya que se parte de varias premisas de aplicación, según las siguientes reglas:

- La que enuncia partes desiguales a los desiguales.
- La que enuncia partes iguales a los iguales.
- La que enuncia partes iguales para todos.

Otras reglas de distribución aplicables en este derecho son:

- A cada quien según su habilidad.
- A cada quien según su mérito.
- A cada quien según su necesidad.
- A cada quien según su trabajo.

El principio de igualdad, a su vez se proyecta en cuatro direcciones fundamentales:

- La igual dignidad social.
- La igualdad ante la ley (igualdad formal).
- La igualdad sustancial.
- La prohibición de discriminaciones.

*“Hay discriminación injusta –escribe el iusnaturalista Javier Hervada– cuando se da a diversos sujetos trato diferente motivado por alguna causa que no es una diferencia real que afecte al fundamento y a la razón del derecho o del deber respecto del cual se establece la distinción de trato”.*

Es ya muy aceptado, casi de manera unánime, que el derecho de igualdad de las personas no se traduce en el idéntico tratamiento que debe dar el Estado a las personas con independencia de circunstancias especiales y particulares, lo cual no es otra cosa que el igualitarismo, sino que por el contrario, es a partir del tratamiento desigual que se contiene la igualdad.



**EN LO ACADÉMICO, LIBERTAD; EN LO PERSONAL, RESPETO.**

Vale decir, el derecho a la igualdad se traduce en la necesidad de tratar a todos de manera diferente a partir de sus especiales condiciones.

El doctor Hernando Barreto Ardila, profesor de la Universidad Externado de Colombia, explica así este principio: *“Es decir, en principio el legislador se encuentra facultado para establecer tratamiento diferencial a las personas, sí y sólo sí, esa desigualdad se deriva de un juicio de proporcionalidad que la justifica. Se exige allí, a la par de la proporcionalidad entre la medida y su pretensión, que exista un criterio de razonabilidad para la diferenciación en consecuencia, no existiendo proporcionalidad entre la norma (medio) y su fin, que justifique el gravamen, se habrá quebrantado el derecho a la igualdad.”*

De los anteriores conceptos se deduce que los criterios de igualdad en el tratamiento que postula el artículo 13 de nuestra Carta, son meramente enunciativos y no taxativos, lo cual deja en libertad al intérprete y al juez para evaluar otros factores diversos como fundamento de la odiosa discriminación que lesiona el derecho a la igualdad.

Según la Corte Constitucional, el punto de partida del derecho a la igualdad es la fórmula clásica, de inspiración Aristotélica, según la cual, hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual. Aunque en ese mandato se pueden distinguir con claridad dos partes, diferenciadas por los conceptos de igualdad y desigualdad, su sola enunciación carece de utilidad para discusiones acerca de los tratos desiguales tolerables o intolerables. En efecto, la fórmula requiere un desarrollo posterior que permita aclarar sus términos. Esto se debe a que, como lo ha afirmado Bobbio,... *el concepto de igualdad es relativo, por lo menos en tres aspectos:*

- a) *Los sujetos entre los cuales se quieren repartir los bienes o gravámenes;*
- b) *Los bienes o gravámenes a repartir;*
- c) *El criterio para repartirlos.*

En otras palabras, hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica (como la contenida en el artículo 13 de la



**EN LO ACADÉMICO, LIBERTAD; EN LO PERSONAL, RESPETO.**

Constitución Política), tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quienes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio? Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos; los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas económicas, cargos, poder, etc.; los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, etc....

La valoración judicial del criterio de diferenciación, a la luz de la Constitución, es una tarea compleja. Sin embargo, algunas precisiones analíticas... facilitan esa tarea, aunque ello no significa la solución incontestable del problema. En el ámbito de la razón práctica, el juzgador dispone de razonamientos dialécticos y problemáticos, no de un conjunto de axiomas que pueda aplicar con pleno rigor lógico.

Cabe indicar, que de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española discriminar consiste en “1. tr. *Seleccionar excluyendo* || 2. tr. *Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.*” Tal acción comporta entonces la diferenciación que se efectúa respecto de ciertos sujetos o grupos de personas con base en un rasgo distintivo particular gobernado por el prejuicio. Este vocablo, en su acepción negativa, involucra el rechazo, la supresión, la expulsión o la censura cotidiana, a través de diferentes estrategias, negando o impidiendo ilegítimamente o a partir de un paradigma errado, la inclusión, ejercicio o subsistencia de determinadas prácticas sociales.

Pues bien, tales procedimientos o tratos de la Ley acusada en su artículo 12, literal b), contrastan con el derecho a la igualdad y, por esa vía, con varios de los principios previstos en la Constitución Política. De hecho, en varias oportunidades esa Corporación ha insistido en que cualquier juicio de diferenciación, para que sea legítimo, debe ser compatible con los valores de la Carta y que, en todo caso, no puede ser contrario a los criterios proscritos en el artículo 13 Constitucional.

A mi juicio, no se justifica el trato desigual establecido en la Ley 1797 de 2016, artículo 12, literal b), con lo que en realidad sí se está dando un trato discriminatorio en el cual, la Corte Constitucional tiene la última palabra, para



**EN LO ACADÉMICO, LIBERTAD; EN LO PERSONAL, RESPETO.**

que las distintas entidades, tanto públicas como privadas que proveen insumos, medicamentos, tecnologías, prótesis y demás bienes y servicios en favor de la población del POS, queden incluidas en el orden de prelación de créditos y acreencias en las EPS e IPS y en los procesos de liquidación de las mismas.

**CONCLUSIÓN:**

Por consiguiente, le solicito a la H. Corte Constitucional y reitero, que debe declarar la inexecutable de la disposición acusada de la Ley 1797 de 2016, artículo 12, literal b).

De la Señora Magistrada, con toda atención,

**HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA**

Miembro de Número - Academia Colombiana de Jurisprudencia.

\*\*\*\* y,

Director del Programa de Humanidades – PCH y del Departamento de Historia y Estudios Socio Culturales.

Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas - Universidad de La Sabana

Km. 7 Autopista Norte, costado occidental, Edificio E-2, Despacho Profesorial # E- 223

Chía, Cundinamarca, Colombia, teléfono (57-1) 8616666, ext. 29005.

Twitter: @HernanOlano // Sitio en la

internet: <http://hernanolano.blogspot.com>