

|Informe que presenta: Lic. Miguel Enrique Sánchez Frías

**LA DEFENSA DE LOS DERECHOS**  
**EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS COMPARADO**

Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz.

## **LA DEFENSA DE LOS DERECHOS** **EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS COMPARADO**

El presente trabajo tiene como objeto fundamental identificar los rasgos que caracterizan el sistema de protección de derechos fundamentales en Colombia. El interés de este estudio se centra en señalar cuáles son las características que han generado un sistema eficaz en la defensa del orden constitucional colombiano. Así, se analizan las notas distintivas del sistema, para después hacer un contraste con nuestro sistema de protección constitucional.

### **I. La acción de tutela:**

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución colombiana toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario.

Las características de preferencia y sumariedad presentes en el texto constitucional hacen única a la acción de tutela colombiana como mecanismo para la defensa y protección del orden constitucional. De acuerdo con Eduardo Cifuentes Muñoz<sup>1</sup> la acción de tutela, así tenga el carácter subsidiario frente a las acciones ordinarias, constituye el principal y más efectivo medio de protección de los derechos fundamentales.

---

<sup>1</sup> Magistrado de la Corte constitucional De Colombia. Eduardo Cifuentes Muñoz “La acción de tutela en Colombia” Ius et Praxis. Año 3, Número 1. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Talca, Chile. pp- 165-174

De acuerdo con Dueñas Ruiz: “la acción de tutela tiene que ser garantista ya que es la consecuencia lógica del reconocimiento de los derechos fundamentales y éstos son la piedra angular sobre la cual se debe levantar nuestra civilización”.<sup>2</sup>

Resulta de gran importancia destacar que aunado a los principios de preferencia y sumariedad, mediante ley se determinó que el procedimiento que rige la acción de tutela debía caracterizarse por adoptar los siguientes principios: publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.<sup>3</sup>

Otro aspecto que, sin duda, distingue el procedimiento de protección de derechos constitucionales colombiano es la participación que en el mismo tiene del defensor del pueblo. Así, de acuerdo con el artículo 47 del decreto 2591 de 1991, éste puede interponer la acción de tutela. Además es, junto con el agraviado, parte del proceso.

Esta cuestión, como mecanismo de protección de protección de los derechos fundamentales, puede considerarse un auténtico logro del sistema colombiano. En México, la participación del *ombuds man* en la tramitación del juicio de amparo es nula. Esto trae serias implicaciones para la efectiva defensa de los derechos fundamentales toda vez que, aún en los supuestos donde claramente se han violado las garantías individuales, los quejosos no reciben asistencia de un experto imparcial en la estrategia de su defensa.

---

<sup>2</sup> Óscar José Dueñas Ruiz (magistrado auxiliar de la Corte Constitucional). “Acción y procedimiento en la tutela” Cuarta edición: ampliada con la Jurisprudencia de la actual Corte Constitucional. Ediciones Librería del profesional, Bogotá, Colombia. 2001.p. XXI

<sup>3</sup> Op.cit. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Esto genera que, en México, el juicio de amparo sirva principalmente como un instrumento para exigir el cumplimiento de la garantía de legalidad, más que el eficaz respeto del resto de los derechos consagrados constitucionalmente. En pocas ocasiones hay planteamientos de constitucionalidad por parte de las personas efectivamente agraviadas. Por tanto, el juez de amparo mexicano se haya impedido para estudiar tales violaciones. Esto ocurre a pesar de que el juez está obligado a suplir la deficiencia de la queja cuando advierta una flagrante violación de derechos. Sin embargo, esta facultad del juez no basta pues es posible que no advierta la violación de derechos.

Por lo anterior, resultaría de interés que en nuestro país se considerara adoptar un mecanismo semejante al colombiano. Es claro que el litigio que supone el juicio de amparo en nuestro país requiere del auxilio de un sujeto experto y especializado en la protección de derechos humanos —tal como lo es el defensor del pueblo colombiano o, en su caso, *obudsman* mexicano—.

En relación con lo anterior, cabe resaltar lo siguiente: se ha apreciado que el procedimiento que rige la acción de tutela en Colombia carece de excesivas formalidades. Lo cual, sin duda, genera que los jueces que conozcan de las demandas puedan aproximarse al reclamo prescindiendo de un análisis formalista.

Por lo que hace a las medidas provisionales o cautelares que se pueden adoptar en la acción de tutela está la suspensión temporal de la aplicación del acto. Esta medida se asemeja a la figura de la suspensión que rige en el juicio de amparo mexicano. Sin embargo, el legislador colombiano también estableció la figura de las “medidas de conservación o

seguridad”, mismas que tienen como fin evitar la producción de daños o, en palabras de Cifuentes Muñoz, que: “contribuyan a morigerarlos”.<sup>4</sup>

Ahora bien, ¿Cuál es el objeto de protección de la acción de tutela? En términos del artículo 86 de la Constitución, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. Esto, cuando éstos resulten vulnerados por dos clases de conducta: tanto la omisión como la acción de cualquier autoridad pública.

Como puede observarse, la procedencia de la acción de tutela está redactada en términos bastante amplios desde su fuente constitucional directa. Sin embargo, aún la Corte Constitucional ha jugado un papel de la mayor importancia para ampliar la esfera de protección de derechos de los particulares.

En este sentido, la Corte ha expresado, en la sentencia T-406/92 que existe una nueva relación entre derechos fundamentales y jueces, la cual:

“Significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela.”

---

<sup>4</sup> Op. cit. Cifuentes Muñoz.. p. 172.

En este mismo fallo, la Corte Constitucional colombiana definió su posición y rol frente a la defensa de los derechos fundamentales especificando que:

“Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos”

Esta reflexión del Tribunal Constitucional colombiano conduce a advertir que, en su entendimiento, el objeto de protección de la acción de tutela es realmente amplio. Sin duda, este Tribunal ha ejercido un rol activo en ampliar la esfera de protección de los particulares frente a la acción del estado. Puede señalarse que la interpretación que este Tribunal hace de su Constitución es abierta, lo cual significa que los derechos son reconocidos a pesar de no estar considerados expresamente en el texto constitucional.

En este sentido, Cifuentes Muñoz ha mencionado la importancia de distinguir entre la protección de derechos “fundamentales por conexidad” y la defensa de derechos fundamentales que conlleve la garantía del acceso al goce de derechos económicos y sociales.

Al respecto es de la mayor importancia atender a las consideraciones que ha expuesto la Corte Constitucional con respecto a su concepción de derecho fundamental; esta es:

“De aquí la importancia del artículo 94 de la Constitución según el cual, la enumeración de la carta de derechos no debe entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes al hombre no figuren expresamente en la Constitución o en los convenios internacionales vigentes. Esta disposición concuerda con el sentido amplio y dinámico que debe tener el concepto de derecho fundamental en el Estado social. En otros términos: los criterios que determinan el carácter de fundamental de un derecho, sobre pasan la consagración expresa y dependen de la existencia de un consenso, histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de un derecho, con todas sus implicaciones relativas al contenido esencial, a la conexión con los principios y a la eficacia directa. Por eso el criterio de la consagración expresa es insuficiente.”

Esta resolución, sin duda, permite apreciar que la Corte Constitucional colombiana en su labor cotidiana parte de un presupuesto no textualista acerca de lo que debe considerarse objeto de tutela jurisdiccional. En su concepción de derecho entra “la apreciación de su naturaleza específica, con todas sus implicaciones relativas al contenido esencial”. De igual forma, el Tribunal Constitucional reconoce que su labor también consiste en la efectiva protección de los principios del orden jurídico en conexión con los derechos. La identificación de una doble dimensión del derecho (conjunción de principios y reglas) es algo que distingue a este Tribunal. Sobre todo porque el mismo órgano se considera vinculado a proteger tales principios.

Ahora bien, es relevante destacar que la propia Constitución reconocer que la categoría de sujetos en contra de los que puede oponerse la acción de tutela, no sólo comprende al Estado (autoridad pública) sino también al particular mismo. Al respecto, la Constitución colombiana, en su artículo 86 establece que en la ley se establecerán los casos en los que la acción de

tutela procede contra particulares. Sin embargo, esta categoría se acota en tres distintas clases de particulares; a saber: (i) los encargados de la prestación de un servicio público y (ii) los particulares cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, (iii) particulares respecto de quienes el solicitante de la acción de tutela se halle en estado de subordinación o de indefensión.

Con respecto a la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares, Ortega Ribero, señala que de conformidad con el Decreto 2591 de 1991, aquélla procede contra acciones y omisiones de los mismos en los casos siguientes (vale la pena citarlos de forma literal): 1) Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud de tutela esté encargado de la prestación del servicio público de educación, para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución colombiana. 2) Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía. 3) Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios, 4) Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización. 5) Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución, que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de personas en todas sus formas. 6) Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del habeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución Política. 7) Cuando se solicite la rectificación de informaciones inexactas o erróneas. 8) Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio

de funciones públicas. 9) Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o defensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción.<sup>5</sup>

Como puede observarse, el régimen de protección de derechos frente a otros particulares es bastante amplio. El desarrollo jurisprudencial de la Corte constitucional es el que ha permitido trazar, en términos tan extensos, los lineamientos de esa protección.

En este sentido, la Corte Colombiana se compromete con la reciente idea de que los derechos fundamentales también pueden ser violados por los particulares, abandonando así la teoría clásica de que los mismos sólo eran oponibles al Estado. Con ello se demuestra una vocación comprometida con valores fundamentales del orden constitucional. Ello, al grado de aceptar que resulta contrario a la acción de tutela restringir la protección de valores objetivos en función de los sujetos que son capaces de violarlos.

Al respecto, en la sentencia T-251/93 la Corte Constitucional expresó que:

“...Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado social de derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión”.

---

<sup>5</sup> Germán Ortega Ribero. “ABC de la Acción de Tutela” Guía práctica y Jurisprudencia. Monografías jurídicas. Editorial Temis, S.A, Santa Fe, Bogotá, Colombia. 1993. p.1-2

Además, agrega que: “tiene lógica establecer la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneran los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad”.

Así, para la Corte Constitucional la función detrás de la acción de tutela es proteger al particular de los abusos del poder, sin distinguir si es el Estado u otros particulares quienes están en posibilidad de vulnerar la esfera de derechos de un individuo.

Dueñas Ruiz señala que: “el acudimiento masivo de las personas a la tutela, demuestra que esta garantía ha sido el principal logro de la Constitución de 1991; es además una expresión democrática, como “demanda” de justicia y tiene entre los principales motivos el reclamo que se ampare la salud, las pensiones y el trabajo, es decir, derechos con contenido económico”.<sup>6</sup>

### **Construcción del principio de proporcionalidad.**

En la sentencia C-022-96, la Corte Constitucional de Colombia adoptó un test de razonabilidad sugiriendo que el mismo es “una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?”

Así, la Corte Constitucional colombiana ha definido el principio de proporcionalidad de la siguiente forma:

---

<sup>6</sup> Op. cit. Dueñas Ruiz. p. 32

“El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.”

Por lo que hace al principio de igualdad, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido lo que sigue:

“...en el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.”

Por lo que respecta al principio de proporcionalidad en materia penal, la Corte Constitucional colombiana estableció en la sentencia C-592/98 que el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros.

Al respecto, agregó que la consecuencia obvia y lógica de lo anterior, es que el tratamiento penitenciario de los condenados por delitos de mayor entidad y gravedad, sea más severo que el dado a las conductas de menor gravedad.

### **¿Qué dirección ha tomado la Suprema Corte de Justicia en México al respecto?**

En el 2004 la Suprema Corte de Justicia de la Nación construyó un estándar que ha marcado un antes y un después en la forma en cómo se entiende ha de calificarse la violación del derecho a la igualdad en nuestro país.

Así, la jurisprudencia 1a./J. 55/2006 define el estándar:

#### **IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.**

La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la

racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.

En la tesis aislada 1a. CXXXIII/2004, la Primera Sala de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó el siguiente criterio:

**IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).**

La igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros el Juez debe ser más exigente a la hora de determinar si aquél ha respetado las exigencias del principio de

igualdad. El artículo 1o. de la Constitución Federal establece varios casos en los que procede dicho escrutinio estricto. Así, su primer párrafo proclama que todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye. Por ello, siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. La intención constitucional es, por lo tanto, extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, así como al de aquellas que se articulan en torno al uso de una serie de criterios clasificatorios mencionados en el referido tercer párrafo, sin que ello implique que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo. En esos casos, el Juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.

Con motivo de desarrollo de estos criterios es posible adoptar un panorama más optimista en cuanto a la protección de derechos fundamentales por parte del Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sin embargo, es claro que el tribunal constitucional de nuestro país aún tiene

mucho que hacer para lograr el efectivo cumplimiento de las exigencias constitucionales. El éxito de la construcción de tales criterios también reside en la defensa que planteen los quejosos al acudir al juicio de amparo. Es necesario avanzar en este sentido.

Por lo que hace a la materia penal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha analizado el principio de proporcionalidad en el sistema de justicia integral para menores. Esto, con motivo de la acción de inconstitucionalidad 37/2006 resuelta por el Tribunal Pleno en sesión de veintidós de noviembre de dos mil siete. En dicha ocasión, nuestra Suprema Corte estableció que el legislador ordinario sólo cumple con el principio de proporcionalidad en el sistema de justicia integral para menores al ajustar su actuar a las siguientes consideraciones:

“En la justicia de adolescentes, este principio se desdobra en tres perspectivas, entendidas como manifestaciones implícitas que derivan de esta reforma, a saber:

**a) Proporcionalidad en la punibilidad de las conductas**

Este principio se refiere a la punibilidad que el legislador señala para los delitos previstos en la norma general aplicable a los menores. Así, la condición podrá verse satisfecha una vez que se señalen punibilidades distintas para cada conducta tipificada como delito. La razón de esto se debe a que la distinción en las penas que el legislador establece, permite presumir que, para ello, consideró las características específicas de las conductas delictivas, así como la posible vulneración de los bienes jurídicos contra los que las mismas atentan.

Esto quiere decir que el legislador debe realizar un análisis sobre la necesidad de penar determinada conducta, lo que implica necesariamente que, como resultado final, se obtengan punibilidades distintas, según la valoración de ese factor de necesidad y, por supuesto, de los bienes que, de actualizarse el tipo, se lesionarían.

**b) Proporcionalidad en la determinación de la medida**

Esta vertiente del principio toma en cuenta tanto las condiciones internas del sujeto como las externas de la conducta que despliega, de tal manera que el juzgador puede estar en aptitud de determinar cuál será la pena aplicable, misma que oscilará entre las que el legislador estableció como mínimas y máximas para una conducta determinada, es decir, permite que el juzgador actúe según su libre convicción, con la debida discrecionalidad, respetando todos los derechos fundamentales.

Este factor se encuentra relacionado con el principio de autonomía e independencia judicial, que prevé el propio artículo 18 constitucional, toda vez que el juzgador tiene un margen de discrecionalidad que le permite resolver según lo que, a su juicio, resulte más adecuado. En este sentido, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo podrían intervenir en las decisiones que tome el juez de la causa. Finalmente, debe decirse que la sanción impuesta al menor no debe ser desmedida, respecto de los derechos que le son vulnerados.

Esta variante del principio puede ser analizada, atendiendo a dos exigencias que deben distinguirse:

**1) La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada.**

**2) La proporcionalidad se medirá en base a la importancia del hecho.**

***La necesidad de proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tiene los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico.***

Esta distinción se ajusta a lo antes dicho, en la medida en que permite estudiar la norma sujeta al juicio de proporcionalidad, atendiendo tanto al bien jurídico que se quiso proteger con la sanción determinada en la misma, como a su consecuencia, la ejecución de la propia sanción. En tal virtud, resulta de enorme importancia comprender que la finalidad de la norma, en materia penal, será la de proteger los bienes jurídicos más preciados para la sociedad, sin que ello implique el sacrificio desproporcionado de los derechos de quienes los vulneran.

### **c) Proporcionalidad en la ejecución**

El principio de proporcionalidad implica el de la necesidad de la medida; lo que se configura no sólo desde que la misma es impuesta, sino a *lo largo de su ejecución*, de manera que la normatividad que se expida debe permitir la eventual adecuación de la medida impuesta, para que continúe siendo proporcional a las nuevas circunstancias del menor.”

Sin duda, la Suprema Corte de Justicia aún tiene pendiente consolidar algunos criterios referentes a la materia penal; específicamente al principio de lesividad y de proporcionalidad en la sanción.

## **Conclusión**

Es necesario destacar que la acción de tutela colombiana ha jugado un papel esencial en la protección de derechos de contenido eminentemente económico. Esto es, la acción de tutela ha servido como mecanismo de protección de los llamados derechos de tercera generación. En este sentido, Dueñas Ruiz señala que: “las personas del común se han atrincherado en la acción de tutela para desde allí reclamar sus derechos (mayoritariamente de orden prestacional) y parecería un contrasentido decirle a la gente que, según los teóricos, esos derechos no son fundamentales”.<sup>7</sup> En opinión de este mismo autor, el éxito de tutela responde justamente a que jurídicamente alivia los problemas de la sociedad colombiana, mediante el compromiso de muchísimos jueces que han garantizado necesidades cotidianas traducidas en derechos fundamentales.<sup>8</sup>

El caso de Colombia ilustra cómo incide positivamente en el respeto de los derechos, el hecho de que el tribunal constitucional adopte un rol activo la defensa de los mismos. Este rol le permite asumirse como un actor siempre vinculado a resolver de conformidad con las exigencias fundamentales de la Constitución.

---

<sup>7</sup> Op. cit. Dueñas Ruiz. p. 32

<sup>8</sup> Op. cit. p. XX.