

En el presente caso, procede la acción de tutela contra particulares. La peticionaria se encuentra en estado de indefensión, por cuanto ha sido gravemente afectada en su salud y en su integridad personal, en aplicación de un tratamiento cosmetológico y no dispone de medios jurídicos para acceder a la información que requiere. Es clara la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima, como consecuencia del procedimiento que le practicó la demandada, por cuanto ha requerido de un tratamiento médico para curar las lesiones producidas. Así mismo, con el fin de proferir un diagnóstico clínico, son necesarias las informaciones técnicas que deben suministrarse con premura a la peticionaria, relacionadas con las sustancias utilizadas y con el procedimiento cosmetológico que le fue aplicado.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Alcance en el caso de demandante que fue víctima de graves afecciones dermatológicas/DERECHO FUNDAMENTAL DE PROTECCION DE LA SALUD DE LA VICTIMA-Daños físicos causados por la ejecución de un tratamiento dermatológico

Procede la Corte a determinar el tipo de protección que debe garantizarse a la peticionaria, por haber recibido un tratamiento cosmetológico en el que fue víctima de graves lesiones dermatológicas. Para estos efectos, bien puede precisarse que tres cuestiones constitucionales fundamentales, se derivan de los supuestos de hecho enunciados anteriormente: (i) El derecho a la protección de la salud de la víctima de perjuicios físicos ocasionados en aplicación de procedimientos cosmetológicos, (ii) el derecho fundamental específico de la afectada a acceder a la información especializada relacionada con el procedimiento estético aplicado y la obligación de una cosmetóloga de informar al paciente los detalles de la intervención. Finalmente, (iii) cabe subrayar el interés de la comunidad con la situación particular y concreta objeto de este caso. En el presente caso, la tutelante sufre daños que afectan grave y notoriamente su estado de salud, así como su integridad física y moral, como consecuencia de un tratamiento estético. Existe además el riesgo de que la situación se agrave o no pueda ser superada por los médicos, debido a que el profesional en cosmetología que ejecutó el procedimiento, se niega rotundamente a permitirle a la afectada el acceso a las informaciones especializadas de su expediente. El derecho a la salud no solo se proyecta en los contextos típicos de la ejecución de un servicio público. En efecto, el núcleo fundamental de este derecho comprende la protección constitucional de la situación

de un individuo, afectado directa o indirectamente por la acción u omisión de particulares que han realizado sobre él, procedimientos que inciden en su salud. Así mismo, un particular está obligado a actuar con la debida diligencia, en el caso en que su actividad profesional o técnica, pueda poner en riesgo la vida, la integridad personal o la salud de quien le ha requerido asistencia específica, en este caso cosmetológica. El suministro de la información que describe el procedimiento efectuado, así como las sustancias empleadas, es vital para ejecutar el tratamiento médico de la afectada, según lo señalan los médicos que la están atendiendo. En este caso, la negativa de la cosmetóloga a revelar debidamente ciertos datos técnicos afecta la integridad personal y la salud de la tutelante al ser un obstáculo para continuar con el tratamiento médico que requiere.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION DE CARACTER ESPECIFICO-Expediente técnico utilizado en procedimientos cosmetológicos

El expediente técnico utilizado en procedimientos cosmetológicos puede definirse como el compendio de información especializada que contiene la descripción de los procedimientos, así como de los productos cosméticos aplicados a un usuario determinado. En la regulación pertinente al campo de ejercicio de la cosmetología, la Ley 711 de 30 de Noviembre de 2001, se alude a todo tipo de “procedimientos faciales o corporales que no requieran de la formulación de medicamentos, intervención quirúrgica, procedimientos invasivos o actos reservados a profesionales de la salud”. Puede apreciarse entonces que los servicios médicos y la prestación de servicios cosmetológicos son diferentes. Por estas razones, no puede aplicarse en sentido estricto el concepto de historia clínica a los procedimientos cosmetológicos. No obstante ello no significa que la persona afectada por dichos procedimientos, no pueda acceder a la información que obra en el correspondiente expediente técnico. La protección constitucional por vía de tutela del usuario del servicio de salud, puede hacerse extensiva a las situaciones derivadas del tratamiento cosmetológico, dado que se causó una afección a la salud que incide en el núcleo fundamental del derecho a la integridad física o moral. En este sentido, las dolencias que puede padecer el paciente de un tratamiento cosmetológico mal aplicado, justifican, no solo una intervención médica adecuada, sino la composición de una historia clínica idónea y completa que permita un diagnóstico clínico acertado. En este caso la descripción del tratamiento cosmetológico que produjo la afección física debe ser comunicada a su titular y a los médicos correspondientes autorizados por el paciente, sin reserva alguna. En efecto, la peticionaria va a requerir

servicios médicos especializados que exigen una información depurada y veraz respecto de un procedimiento cosmetológico previamente aplicado, con el fin de estructurar la correspondiente historia clínica y llevar a cabo un tratamiento adecuado. En el presente caso, la información solicitada a la cosmetóloga tiene una clara relevancia médica y el titular de la misma tiene todo el derecho de divulgarla a los médicos especialistas correspondientes. El individuo es juez de su interés al solicitar por iniciativa propia, o de los médicos tratantes, la información que estima útil para integrar la historia clínica.

DERECHO DE ACCESO A LA HISTORIA CLINICA-Derecho que no está previsto de manera explícita por la ley

En la legislación colombiana, el acceso a la información de la historia clínica, como derecho del usuario del sistema de salud, no está previsto de manera explícita por la ley. Sin embargo existe una disposición que define el concepto. En efecto, la Ley 23 de 1981, dispone en su artículo 34, que la historia clínica es “el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley”. Esta disposición, ha sido analizada en diferentes sentencias de tutela.

DERECHO DE ACCESO DEL PACIENTE A INFORMACION MEDICAMENTE RELEVANTE/DERECHOS A LA INFORMACION, INTEGRIDAD PERSONAL Y SALUD-Caso en que la demandante fue tratada dermatológicamente por cosmetóloga

Los datos exigidos atinentes a la descripción de la sustancia química empleada, contribuyen a la elaboración de un diagnóstico clínico y a la aplicación de un tratamiento adecuado. Para estos efectos es necesario entonces, que el derecho del paciente a acceder a la información médicamente relevante tenga una aplicación plena y efectiva. No basta con la comunicación verbal informal de la información que le ha suministrado la cosmetóloga. El paciente, tiene el derecho de acceso al contenido de su expediente y el derecho a ser informado de los riesgos eventuales que puedan presentarse en su estado de salud, con base en los datos técnicos que figuran en dicho expediente. Además, para los profesionales de la salud, la historia clínica o el expediente pertinente constituyen una herramienta de trabajo y de intercambio científico para efectuar el diagnóstico, así como para determinar los cuidados necesarios que debe recibir el paciente. En conclusión, las informaciones que integran el expediente

solicitadas en el presente caso tienen un valor fundamental para la composición de una historia clínica, efectuar un diagnóstico preciso y definir la respuesta médica adecuada. Con el fin de evitar perjuicios mayores que agraven la situación de la afectada, la cosmetóloga debe entregar toda la información requerida, es decir, la información técnica que identifique los componentes químicos o propiedades de la sustancia utilizada, la técnica terapéutica empleada y copia del expediente sobre el procedimiento cosmetológico aplicado a la tutelante. Por lo tanto, en el presente caso se concederá la tutela de los derechos a la información, a la integridad personal y a la salud, estrechamente relacionados en este caso. Adicionalmente, dada la gravedad de lo sucedido, considera la Sala que es necesario evitar que se repita la afección de los derechos de otras personas que reciban tratamientos cosmetológicos. Para estos efectos, es pertinente referirse a la función objetiva de la acción de tutela en controversias de trascendencia pública.

COSMETOLOGIA-Actividad que implica riesgos para la salud

La cosmetología, es una actividad que implica riesgos para la salud humana. Por esto, los hechos planteados en el presente proceso adquieren trascendencia pública, debido a que en el expediente aparece el dicho de la tutelante en el sentido que la cosmetóloga “me propuso que le ayudara a conseguir clientela”...a cambio de todo el trabajo que me haría yo le pagaría con las comisiones que recibiría...”. Cabe entonces preguntarse si en sede de tutela es posible dictar órdenes que surgen más allá de la protección de los derechos de la tutelante, en qué condiciones ello sería admisible y cuáles son los límites que ha de respetar el juez de tutela.

FUNCION OBJETIVA DE LA ACCION DE TUTELA-Alcance de la acción de tutela para impedir violaciones de derechos individuales en circunstancias análogas a la del caso de cosmetóloga

La Corte, ante la posibilidad de que un daño grave causado a varias personas, como resultado de la práctica de tratamientos cosmetológicos con sustancias no identificadas, pasa a analizar, el alcance de la acción de tutela para impedir violaciones de derechos individuales en circunstancias análogas. En esta ocasión, se está ante el riesgo claro de un daño grave que podría irradiarse de manera sucesiva a muchas personas si no se aplican medidas preventivas. No pueden ser dejados de lado por esta Corporación los derechos a la

salud y a la integridad de cada una de las personas que sean destinatarias del mismo tratamiento aplicado a la actora, o de otros que empleen la misma sustancia, las cuales puedan resultar afectadas por los efectos secundarios del mismo producto aún no identificado. Cabe preguntarse en qué condiciones podría el juez constitucional adoptar una decisión que vaya más allá del caso concreto. En primer lugar, han de ser previsibles circunstancias análogas en las cuales otras personas puedan ser igualmente afectadas. En segundo lugar el riesgo no debe ser remoto o eventual, sino que debe necesariamente ser un riesgo cierto, cuya claridad se derive de los hechos que obran en el expediente. En tercer lugar, el daño previsible no debe ser irrisorio o menor, sino que ha de ser un daño grave que pueda repetirse de manera sucesiva, en el que se amenace o se vulneren los derechos a la salud e integridad física de varias personas. Para estos efectos, dada la imperiosa necesidad del juez de tutela de proteger los derechos fundamentales, son procedentes algunas medidas que trascienden a las partes del proceso, pero respetando el derecho de defensa. En el presente caso, no solo se han violado los derechos fundamentales alegados, sino que se amenaza el derecho a la salud de otras personas con el ocultamiento de la información debida. Por esta razón, no basta con conceder la protección constitucional de la tutelante, sino que es necesario adoptar una decisión que permita que la misma pueda extenderse a otros casos análogos, con fundamento en la gravedad de la afección sufrida y los riesgos claros para otras personas igualmente situadas. En este sentido, la protección subjetiva acordada a la tutelante, no obsta para ir más allá del caso concreto, con el fin de evitar afectaciones futuras al mismo derecho constitucional de muchas personas a las cuales las sustancias empleadas en el procedimiento cosmetológico les pueda causar una lesión grave.

FUNCION OBJETIVA DE LA ACCION DE TUTELA-Se ha proyectado en diversas modalidades de órdenes

La función objetiva de la acción de tutela se ha proyectado en diversas modalidades de órdenes. El juez constitucional ha aplicado distintas medidas con el fin de proteger los derechos fundamentales en su esfera objetiva. Estas medidas pueden consistir por ejemplo, en (i) dictar órdenes de mayor alcance en un proceso particular con el fin de proteger derechos en circunstancias análogas, (ii) involucrar a órganos de vigilancia y control del Estado para que en ejercicio de sus competencias puedan prevenir la vulneración de derechos, (iii) ordenar planes o programas para asegurar el goce efectivo de los derechos y

(iv) corregir los vicios del ordenamiento jurídico positivo, lo cual ha sucedido excepcionalmente en sede de tutela cuando se inaplican normas infraconstitucionales.

INVIMA-Caso en que en ejercicio de sus competencias de revisión y con los datos específicos del expediente técnico inicie investigación atinente al registro del producto utilizado en procedimiento cosmetológico

Los hechos del expediente muestran como efecto secundario que amenaza la salud de la tutelante, la patología dermatológica sufrida que ha incidido en la forma de su apariencia facial y le ha causado intensos dolores. El mismo efecto puede presentarse en la comercialización del producto, afectando de igual manera a otros consumidores del mismo. Entonces, existe un riesgo cierto de daño grave que debe evitarse con medidas preventivas consistentes en solicitar la investigación del producto cosmético empleado en este caso en particular. Como no se le impartirá al INVIMA una orden en sentido estricto, no es necesario haberlo vinculado previamente como parte en el presente proceso. Es importante agregar que en el artículo 40 del Decreto en mención, se otorga al INVIMA la competencia para la inspección, vigilancia y control de los establecimientos y de los productos regulados, así como para adoptar medidas de prevención y corrección, medidas sanitarias de seguridad, adelantar los procedimientos y aplicar las sanciones con fundamento en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 1290 de 1994. Así mismo, en el literal g) del artículo sexto de la Ley 711 de 2001, se dispone que “el cosmetólogo sólo deberá emplear o utilizar en sus procedimientos, productos debidamente autorizados u homologados por el INVIMA.” Finalmente, para que el INVIMA pueda ejercer con mayor eficacia sus competencias, es necesario que reciba la información del expediente técnico, con el objeto de establecer claramente si el producto que se aplicó se encuentra debidamente autorizado u homologado de conformidad con las normas vigentes. Así se ordenará a la tutelante.

Referencia: expediente T-1780102

Acción de tutela instaurada por Martha Cecilia Tobón Arango contra Victoria García Buitrago, cosmetóloga

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil ocho (2008)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Las sentencias del nueve (9) de julio de dos mil siete (2007) proferida por el Juzgado Décimo Penal Municipal de Santiago de Cali Valle y del doce (12) de septiembre de dos mil siete (2007) proferida por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Cali-Valle, fueron remitidas a la Corte Constitucional y seleccionadas por la Sala de Selección Número doce (12), el día catorce (14) de diciembre de dos mil siete (2007).

I. HECHOS

Martha Cecilia Tobón Arango interpuso acción de tutela contra la cosmetóloga Victoria García Buitrago por haberse negado injustificadamente a entregar y a divulgar el contenido de la información requerida en un procedimiento cosmetológico; el cual ha producido afección dermatológica y ha motivado a la peticionaria a solicitar el amparo constitucional de los siguientes derechos: derecho a una vida digna, derecho de petición, derecho a la información, derecho a la salud y “derecho a los fines del Estado.”

La peticionaria argumenta que su “historia clínica” contiene la definición del tratamiento cosmetológico efectuado, así como la denominación exacta de las sustancias que fueron aplicadas. A nivel dermatológico, como consecuencia del procedimiento ejecutado, la actora manifiesta que presenta complicaciones graves que la lesionan y afectan de manera indiscutible su estado de salud, así como la vida digna a la cual tiene derecho.

Como efecto de las secuelas del procedimiento aplicado, la peticionaria requirió tratamiento médico especializado por el cual ha sido necesario obtener la denominación de las sustancias aplicadas. En este aspecto, la parte demandada se limitó a manifestar verbalmente que las sustancias aplicadas fueron silicio más oxígeno y ácido hialurónico. Esto sin dar información alguna por escrito y sin suministrar la historia clínica ni las licencias sanitarias respectivas expedidas por el INVIMA y por el Ministerio de Salud, también

requeridas por la peticionaria.

Durante el tratamiento médico en curso, la peticionaria fue notificada de haber sufrido daños graves en su cara, difícilmente reversibles, dada la ausencia de algún líquido que pueda disolver la sustancia técnicamente no identificada que le fue aplicada.

La descripción del procedimiento estético y la identificación de los componentes químicos de la sustancia en mención, resultan esenciales para que la afectada pueda continuar un tratamiento médico. Sin embargo, a pesar de haber sido exigida esta información de manera urgente por parte de los médicos que ahora la están tratando, no se obtiene resultado favorable debido a la omisión de la cosmetóloga demandada.

El 23 de julio de 2007 el Juzgado Décimo Penal Municipal de Santiago de Cali Valle profirió sentencia denegando el amparo al considerar que existen otros medios de defensa judicial. Igualmente se adujo la improcedencia por falta de presupuestos procesales. En efecto, según el juzgador, no se probó que la demandada ejerciera un servicio público ni se violó un interés colectivo. Tampoco se mostró que la accionante se encontraba en situación de indefensión. Alguno de estos elementos es indispensable para que proceda la acción de tutela entre particulares (artículo 86 C.P).

El 12 de Septiembre de dos mil siete, el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Santiago de Cali Valle, resolvió la impugnación y confirmó integralmente el fallo de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

Procede la Corte a resolver el siguiente problema jurídico: ¿Tiene derecho la persona que sufre una afección dermatológica producida por un tratamiento estético, a exigir a la cosmetóloga que dirigió dicho procedimiento, el suministro inmediato de información técnica con el fin de que los médicos puedan continuar el tratamiento médico adecuado y evitar un grave deterioro en el estado de salud?

Antes de resolver el problema jurídico planteado, se analizará la procedibilidad de la presente acción de tutela, debido a que la accionante ha interpuesto dicho recurso contra un particular.

La Constitución en su artículo 86 permite que la acción de tutela sea presentada contra

particulares. De conformidad al artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, sometido a control abstracto de constitucionalidad en la sentencia C-134 de 1994 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), la acción de tutela procede contra particulares cuando se realiza un servicio público para proteger cualquier derecho fundamental, cuando se protege un interés colectivo, o cuando la víctima se encuentra en estado de indefensión o de subordinación.¹

En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha determinado que el estado de vulnerabilidad o de indefensión de un particular, “no tiene origen en la obligatoriedad de un vínculo jurídico, sino en la situación de ausencia o de insuficiencia de medios físicos y jurídicos de defensa para resistir u oponerse a la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales. La indefensión no puede ser entonces, analizada en abstracto, sino que requiere de un vínculo entre quien la alega y quien la genera, que permita asegurar el nexo causal y la respectiva vulneración del derecho fundamental”. ²

En el presente caso, procede la acción de tutela contra particulares. La peticionaria se encuentra en estado de indefensión, por cuanto ha sido gravemente afectada en su salud y en su integridad personal, en aplicación de un tratamiento cosmetológico y no dispone de medios jurídicos para acceder a la información que requiere. Es clara la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima, como consecuencia del procedimiento que le practicó la demandada, por cuanto ha requerido de un tratamiento médico para curar las lesiones producidas. Así mismo, con el fin de proferir un diagnóstico clínico, son necesarias las informaciones técnicas que deben suministrarse con premura a la peticionaria, relacionadas con las sustancias utilizadas y con el procedimiento cosmetológico que le fue aplicado.

2. El alcance de los derechos fundamentales de la tutelante: desarrollo jurisprudencial y resolución del problema jurídico planteado

Procede la Corte a determinar el tipo de protección que debe garantizarse a la peticionaria, por haber recibido un tratamiento cosmetológico en el que fue víctima de graves lesiones dermatológicas. Para estos efectos, bien puede precisarse que tres cuestiones constitucionales fundamentales, se derivan de los supuestos de hecho enunciados anteriormente: (i) El derecho a la protección de la salud de la víctima de perjuicios físicos

ocasionados en aplicación de procedimientos cosmetológicos, (ii) el derecho fundamental específico de la afectada a acceder a la información especializada relacionada con el procedimiento estético aplicado y la obligación de una cosmetóloga de informar al paciente los detalles de la intervención. Finalmente, (iii) cabe subrayar el interés de la comunidad con la situación particular y concreta objeto de este caso.

A. El derecho fundamental de protección de la salud de la víctima de daños físicos causados por la ejecución de un tratamiento cosmetológico.

La jurisprudencia de esta Corporación ha protegido reiteradamente el derecho a la salud,³ bien de manera específica cuando lo ha considerado fundamental en sí mismo, o bien con fundamento en un criterio de conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal. De esta manera, dicho derecho, adquiere un carácter tutelable.

En el presente caso, la tutelante sufre daños que afectan grave y notoriamente su estado de salud, así como su integridad física y moral, como consecuencia de un tratamiento estético. Existe además el riesgo de que la situación se agrave o no pueda ser superada por los médicos, debido a que el profesional en cosmetología que ejecutó el procedimiento, se niega rotundamente a permitirle a la afectada el acceso a las informaciones especializadas de su expediente.

El derecho a la salud no solo se proyecta en los contextos típicos de la ejecución de un servicio público. En efecto, el núcleo fundamental de este derecho comprende la protección constitucional de la situación de un individuo, afectado directa o indirectamente por la acción u omisión de particulares que han realizado sobre él, procedimientos que inciden en su salud. Así mismo, un particular está obligado a actuar con la debida diligencia, en el caso en que su actividad profesional o técnica, pueda poner en riesgo la vida, la integridad personal o la salud de quien le ha requerido asistencia específica, en este caso cosmetológica.

El suministro de la información que describe el procedimiento efectuado, así como las sustancias empleadas, es vital para ejecutar el tratamiento médico de la afectada, según lo señalan los médicos que la están atendiendo. En este caso, la negativa de la cosmetóloga a revelar debidamente ciertos datos técnicos afecta la integridad personal y la salud de la tutelante al ser un obstáculo para continuar con el tratamiento médico que requiere.

B. El acceso a la información como derecho fundamental de carácter específico

El derecho a la información ampara a los usuarios del sistema de salud así como a los usuarios de servicios técnicos o profesionales en el ámbito de la salud que directa o indirectamente se encuentren amenazados o vulnerados en su integridad personal.

Usualmente, la información relevante en estos casos puede encontrarse en la historia clínica o en el expediente técnico.

El expediente técnico utilizado en procedimientos cosmetológicos puede definirse como el compendio de información especializada que contiene la descripción de los procedimientos, así como de los productos cosméticos aplicados a un usuario determinado. En la regulación pertinente al campo de ejercicio de la cosmetología, la Ley 711 de 30 de Noviembre de 2001, se alude a todo tipo de “procedimientos faciales o corporales que no requieran de la formulación de medicamentos, intervención quirúrgica, procedimientos invasivos o actos reservados a profesionales de la salud”. Puede apreciarse entonces que los servicios médicos y la prestación de servicios cosmetológicos son diferentes. Por estas razones, no puede aplicarse en sentido estricto el concepto de historia clínica a los procedimientos cosmetológicos. No obstante ello no significa que la persona afectada por dichos procedimientos, no pueda acceder a la información que obra en el correspondiente expediente técnico.

En el evento en que los riesgos producidos en procedimientos estéticos, afecten, o pongan en peligro la salud de una persona, el acceso al expediente técnico puede homologarse al acceso a la historia clínica. En efecto, según lo define la ley, la cosmetología es una labor que pone en riesgo la salud. En este sentido, el artículo 2 de la Ley 711 de 2001 anteriormente citada, dispone claramente que: “para efectos de la presente ley, se entiende por cosmetología el conjunto de conocimientos, prácticas y actividades de embellecimiento corporal, expresión de la autoestima y el libre desarrollo de la personalidad, cuyo ejercicio implica riesgos sociales para la salud humana.” Si las informaciones contenidas en un expediente técnico van a componer una futura historia clínica, es preciso que su titular pueda conocerlas.

En la legislación colombiana, el acceso a la información de la historia clínica, como derecho del usuario del sistema de salud, no está previsto de manera explícita por la ley. Sin embargo

existe una disposición que define el concepto. En efecto, la Ley 23 de 1981, dispone en su artículo 34, que la historia clínica es “el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley”. Esta disposición, ha sido analizada en diferentes sentencias de tutela. Vale la pena señalar por ejemplo, la sentencia T-834 de 2006 con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, relativa al acceso a la historia clínica de una persona fallecida. En esa ocasión esta Corporación manifestó lo siguiente, refiriéndose de manera específica a la protección del derecho de acceso a la justicia: “Debe observarse que al no permitir a la hija acceder a la historia clínica de su señora madre, se estaría colocando en riesgo su derecho de acceso a la administración de justicia, al no poder obtener la información que necesitaría para incoar una eventual acción judicial a raíz del tratamiento realizado a su señora madre, argumentando la entidad la protección de los llamados “derechos personalísimos”.

La Resolución 1995 de 1999 expedida por el Ministerio de Salud, dispone, en su artículo 14, que “podrán tener acceso a la información contenida en la historia clínica, en los términos previstos en la Ley: 1. El usuario. 2. El Equipo de Salud. 3. Las autoridades judiciales y de salud en los casos previstos en la Ley. 4. Las demás personas determinadas en la Ley. PARÁGRAFO. El acceso a la historia clínica, se entiende en todos los casos, única y exclusivamente para los fines que de acuerdo a la ley resulten procedentes, debiendo en todo caso, mantenerse la reserva legal.” Además, en su artículo 5°, dispone: “La historia clínica debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma”.

En el presente caso, la protección constitucional por vía de tutela del usuario del servicio de salud, puede hacerse extensiva a las situaciones derivadas del tratamiento cosmetológico, dado que se causó una afección a la salud que incide en el núcleo fundamental del derecho a la integridad física o moral. En este sentido, las dolencias que puede padecer el paciente de un tratamiento cosmetológico mal aplicado, justifican, no solo una intervención médica adecuada, sino la composición de una historia clínica idónea y completa que permita un diagnóstico clínico acertado.

En este caso la descripción del tratamiento cosmetológico que produjo la afección física debe ser comunicada a su titular y a los médicos correspondientes autorizados por el paciente, sin reserva alguna. En efecto, la peticionaria va a requerir servicios médicos especializados que exigen una información depurada y veraz respecto de un procedimiento cosmetológico previamente aplicado, con el fin de estructurar la correspondiente historia clínica y llevar a cabo un tratamiento adecuado.

En el presente caso, la información solicitada a la cosmetóloga tiene una clara relevancia médica y el titular de la misma tiene todo el derecho de divulgarla a los médicos especialistas correspondientes. El individuo es juez de su interés al solicitar por iniciativa propia, o de los médicos tratantes, la información que estima útil para integrar la historia clínica.

Los datos exigidos atinentes a la descripción de la sustancia química empleada, contribuyen a la elaboración de un diagnóstico clínico y a la aplicación de un tratamiento adecuado. Para estos efectos es necesario entonces, que el derecho del paciente a acceder a la información médicamente relevante tenga una aplicación plena y efectiva. No basta con la comunicación verbal informal de la información que le ha suministrado la cosmetóloga. El paciente, tiene el derecho de acceso al contenido de su expediente y el derecho a ser informado de los riesgos eventuales que puedan presentarse en su estado de salud, con base en los datos técnicos que figuran en dicho expediente.

Además, para los profesionales de la salud, la historia clínica o el expediente pertinente constituyen una herramienta de trabajo y de intercambio científico para efectuar el diagnóstico, así como para determinar los cuidados necesarios que debe recibir el paciente.

En conclusión, las informaciones que integran el expediente solicitadas en el presente caso tienen un valor fundamental para la composición de una historia clínica, efectuar un diagnóstico preciso y definir la respuesta médica adecuada. Con el fin de evitar perjuicios mayores que agraven la situación de la afectada, la cosmetóloga debe entregar toda la información requerida, es decir, la información técnica que identifique los componentes químicos o propiedades de la sustancia utilizada, la técnica terapéutica empleada y copia del expediente sobre el procedimiento cosmetológico aplicado a la tutelante.

Por lo tanto, en el presente caso se concederá la tutela de los derechos a la información, a la

integridad personal y a la salud, estrechamente relacionados en este caso. Adicionalmente, dada la gravedad de lo sucedido, considera la Sala que es necesario evitar que se repita la afcción de los derechos de otras personas que reciban tratamientos cosmetológicos. Para estos efectos, es pertinente referirse a la función objetiva de la acción de tutela en controversias de trascendencia pública.

La cosmetología, es una actividad que implica riesgos para la salud humana. Por esto, los hechos planteados en el presente proceso adquieren trascendencia pública, debido a que en el folio 4 del expediente aparece el dicho de la tutelante en el sentido que la cosmetóloga “me propuso que le ayudara a conseguir clientela”...a cambio de todo el trabajo que me haría yo le pagaría con las comisiones que recibiría...”. Cabe entonces preguntarse si en sede de tutela es posible dictar órdenes que surgen más allá de la protección de los derechos de la tutelante, en qué condiciones ello sería admisible y cuáles son los límites que ha de respetar el juez de tutela.

C. La función objetiva de la acción de tutela

La Corte, ante la posibilidad de que un daño grave causado a varias personas, como resultado de la práctica de tratamientos cosmetológicos con sustancias no identificadas, pasa a analizar, el alcance de la acción de tutela para impedir violaciones de derechos individuales en circunstancias análogas. En esta ocasión, se está ante el riesgo claro de un daño grave que podría irradiarse de manera sucesiva a muchas personas si no se aplican medidas preventivas.

No pueden ser dejados de lado por esta Corporación los derechos a la salud y a la integridad de cada una de las personas que sean destinatarias del mismo tratamiento aplicado a la actora, o de otros que empleen la misma sustancia, las cuales puedan resultar afectadas por los efectos secundarios del mismo producto aún no identificado.

Cabe preguntarse en qué condiciones podría el juez constitucional adoptar una decisión que vaya más allá del caso concreto. En primer lugar, han de ser previsibles circunstancias análogas en las cuales otras personas puedan ser igualmente afectadas. En segundo lugar el riesgo no debe ser remoto o eventual, sino que debe necesariamente ser un riesgo cierto, cuya claridad se derive de los hechos que obran en el expediente. En tercer lugar, el daño previsible no debe ser irrisorio o menor, sino que ha de ser un daño grave que pueda

repetirse de manera sucesiva, en el que se amenace o se vulneren los derechos a la salud e integridad física de varias personas. Para estos efectos, dada la imperiosa necesidad del juez de tutela de proteger los derechos fundamentales, son procedentes algunas medidas que trascienden a las partes del proceso, pero respetando el derecho de defensa.

Así, la acción de tutela podrá producir efectos más allá del caso concreto cuando sea estrictamente necesario evitar la repetición de violaciones de los derechos tutelados. Por ejemplo, el juez puede impartir orden a prevención para evitar la repetición de la violación de los derechos como lo autoriza el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

En el caso que se analiza, el riesgo cierto de vulneración grave a la salud de varias personas que reciban tratamiento cosmetológico en circunstancias análogas a la tutelante, justifica prever decisiones encaminadas a prevenir la repetición de eventos que afecten a personas que se sometan a tratamientos cosmetológicos donde se puedan emplear las mismas sustancias que en el presente caso.

Cuando la Corte Constitucional, a raíz del análisis de la controversia planteada en el marco de un proceso donde se discute la afección directa e inmediata de los derechos de una persona, estima que es preciso adoptar decisiones con implicaciones más allá del caso concreto, la tutela cumple una función objetiva de protección del derecho constitucional fundamental invocado.⁴

La función “objetiva” en el caso que se analiza se refiere a la protección de intereses semejantes, independientemente del grado de afectación de los derechos subjetivos que pueda derivarse de situaciones análogas. Cuando se une el interés concreto del tutelante a la promoción del interés general en proteger los derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento jurídico positivo, el juez constitucional puede acudir a una medida en virtud de la cual pueden extenderse los alcances de la decisión más allá del exclusivo amparo de los derechos del tutelante, para proteger tales derechos en su dimensión objetiva.

En procedimientos de carácter concreto, previstos para proteger los derechos fundamentales como la acción de tutela, a pesar de que no se controla la constitucionalidad de normas jurídicas, el juez puede además de proteger de manera específica al tutelante, prevenir la repetición de violaciones semejantes del derecho fundamental tutelado, con el fin de asegurar su protección frente a riesgos claros de un daño grave, identificados en el proceso y

así promover el interés general.

En dicho caso, no puede hablarse propiamente de corrección del ordenamiento jurídico, por cuanto no existe control de constitucionalidad para determinar la validez de una norma jurídica. No obstante, el juez profiere decisiones que trascienden la órbita del litigio encaminadas a la protección del derecho en circunstancias análogas, desde una perspectiva objetiva, lo cual rebasa el mero interés subjetivo del tutelante.⁵

La función objetiva de la acción de tutela se ha proyectado en diversas modalidades de órdenes. El juez constitucional ha aplicado distintas medidas con el fin de proteger los derechos fundamentales en su esfera objetiva. Estas medidas pueden consistir por ejemplo, en (i) dictar órdenes de mayor alcance en un proceso particular con el fin de proteger derechos en circunstancias análogas, (ii) involucrar a órganos de vigilancia y control del Estado para que en ejercicio de sus competencias puedan prevenir la vulneración de derechos, (iii) ordenar planes o programas para asegurar el goce efectivo de los derechos y (iv) corregir los vicios del ordenamiento jurídico positivo, lo cual ha sucedido excepcionalmente en sede de tutela cuando se inaplican normas infraconstitucionales.

La intensidad de la medida objetiva depende de cada sistema jurídico en particular, en tal forma que la función objetiva de los recursos individuales de garantía de derechos se manifiesta en grados distintos y en formas diferentes. Así, en algunos países europeos, los recursos individuales cumplen una función objetiva⁶ de preservación de la integridad del ordenamiento jurídico positivo que es adicional a la corrección de la violación subjetiva de los derechos del individuo. En este aspecto, como efecto de la decisión judicial, el juez constitucional procede a aplicar medidas de protección que pueden extenderse a los casos análogos, con fundamento en la imperiosa necesidad de proteger el interés general, el bien común y evitar futuras violaciones de derechos, según el régimen de cada país⁷. Esta función objetiva de los recursos individuales de protección de derechos también incide en las decisiones sobre su admisibilidad en el proceso de selección discrecional donde ello existe.⁸

En el sistema constitucional alemán, la Corte Constitucional Federal admite recursos individuales, en la medida en que la materia objeto de debate sea trascendental para el derecho constitucional o suscite un interés general.⁹ Cabe citar el caso de la reforma de la ortografía, tema discutido en un proceso iniciado por queja individual, ante la Corte

Constitucional Federal. En dicha oportunidad, en 1998 la Corte protegió el derecho de los padres de familia a la educación de los hijos, realizándose un control de constitucionalidad de la reforma a pesar del desistimiento del actor, con el argumento del interés general en la cuestión objeto de debate; es decir, en la necesidad de proteger los derechos relevantes desde una perspectiva objetiva.¹⁰

Las medidas de protección objetiva que el juez constitucional emplee en casos concretos, pueden evitar posibles violaciones sucesivas de intereses subjetivos. En Colombia, el juez constitucional goza de libertad de remedios para amparar los derechos fundamentales o evitar su vulneración. En este aspecto, se vislumbra claramente la proyección de la acción de tutela más allá de la protección del tutelante en el caso concreto.

Esta Corporación ya se ha pronunciado en temas relacionados con políticas generales de las cuales depende la protección constitucional. Por ejemplo, la sentencia T-595 de 2002, relacionada con la accesibilidad al servicio de transporte público de discapacitados físicos, concede a estos una protección especial con efectos más allá del caso concreto. En efecto, con el fin de proteger la libertad de locomoción, se analiza la dimensión prestacional de este derecho, señalando las condiciones que se deben garantizar para su goce efectivo. En este orden de ideas, la Corte concedió la tutela y profirió órdenes de proyección general más allá del conflicto concreto, invocando los siguientes argumentos:

“No poder garantizar de manera instantánea el contenido prestacional del derecho es entendible por las razones expuestas; pero carecer de un programa que de forma razonable y adecuada conduzca a garantizar los derechos en cuestión es inadmisibile constitucionalmente. El carácter progresivo de la prestación no puede ser invocado para justificar la inacción continuada, ni mucho menos absoluta del Estado. Precisamente por el hecho de tratarse de garantías que suponen el diseño e implementación de una política pública, el no haber comenzado siquiera a elaborar un plan es una violación de la Carta Política que exige al Estado no sólo discutir o diseñar una política de integración social, sino adelantarla. Esta es la consecuencia lógica que se sigue de la jurisprudencia constitucional en materia de prestaciones programáticas, que establece que la plena realización de éstas será gradual”.

(...)

Más adelante manifiesta:

(...)

“En conclusión, el ámbito de protección de la libertad de locomoción de una persona discapacitada contempla la posibilidad de acceder al sistema de transporte público básico de una ciudad en condiciones de igualdad, es decir, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas. La dimensión positiva de este derecho fundamental supone, por lo menos (i) contar con un plan, (ii) que permita, progresivamente, el goce efectivo del derecho, y (iii) que posibilite la participación de los afectados en el diseño, ejecución y evaluación de dicho plan, en este caso en los términos de las leyes vigentes que desarrollan la Constitución en este ámbito.”

En dicha oportunidad, la Corte ordenó a la compañía de transportes Transmilenio S.A el diseño y ejecución de un plan orientado a garantizar el acceso del accionante y otros discapacitados físicos al sistema de transporte público de Bogotá.¹¹

En la sentencia número T-087 de 2005 se protegió la libertad de movimiento de los menores “de brazos” en el mismo contexto de Transmilenio. En dicha oportunidad, la Corte Constitucional emitió una orden para la ejecución de una política general basada en el siguiente argumento. La orden consistió en que la Compañía de transportes Transmilenio S.A respete el derecho de los menores “de brazos” a acceder sin carga alguna al sistema de transporte público y divulgue la nueva regla correspondiente del Manual del Usuario y haga lo necesario para su ejecución.¹²

En el mismo sentido, la sentencia SU-225 de 1998 concedió el amparo a un grupo de menores que exigía del Estado la protección gratuita, oportuna y eficaz, contra las variedades de meningitis bacteriana que pudieran afectar su salud y colocarlos en situación de debilidad manifiesta.¹³ En esa oportunidad se manifestó:

“En el presente caso, la evidencia existente sobre la atención dada a otros sectores de la población infantil, por parte del Ministerio de Salud, a través del sistema nacional de salud, pone de presente que la implementación de un programa de vacunación que alcance a cobijar a los niños en cuyo nombre se ha entablado la acción de tutela, en principio, no excede las capacidades técnicas y financieras del Estado.”

...“La deficiente cobertura del servicio de vacunación, en este caso, viola flagrantemente el derecho a la salud de los menores, ya que los expone injustamente al riesgo de contraer una enfermedad letal o de consecuencias nefastas.”

Los hechos que motivaron la acción de tutela en el caso anteriormente citado, suscitaron la reflexión constitucional, en torno a la adopción de políticas estatales de protección del menor y la decisión no solo se limitó a evaluar la situación de las partes del proceso. Sin duda alguna, dado el interés de la materia objeto de debate, es decir, la ejecución de un programa de vacunación para la niñez desprotegida, los efectos de la acción de tutela tuvieron un impacto social más allá del caso concreto para proteger las dimensiones prestacionales de los derechos garantizados en el artículo 44 de la Constitución.

A partir de estas consideraciones generales es posible analizar las implicaciones de los hechos que obran en el expediente para otros usuarios que acudan a recibir tratamientos cosmetológicos. Cabe recordar que en los hechos narrados por la tutelante, ella señala que la cosmetóloga demandada le propuso la aplicación del procedimiento específico, a cambio del pago de comisiones recibidas, por cada cliente que le presentara, con la finalidad de promover el tratamiento donde pudiera aplicarse el producto que causó la afección.

En el presente caso, no solo se han violado los derechos fundamentales alegados, sino que se amenaza el derecho a la salud de otras personas con el ocultamiento de la información debida. Por esta razón, no basta con conceder la protección constitucional de la tutelante, sino que es necesario adoptar una decisión que permita que la misma pueda extenderse a otros casos análogos, con fundamento en la gravedad de la afección sufrida y los riesgos claros para otras personas igualmente situadas. En este sentido, la protección subjetiva acordada a la tutelante, no obsta para ir más allá del caso concreto, con el fin de evitar afectaciones futuras al mismo derecho constitucional de muchas personas a las cuales las sustancias empleadas en el procedimiento cosmetológico les pueda causar una lesión grave.

En consecuencia, como medida preventiva se comunicará al INVIMA para que en ejercicio de sus competencias de revisión especialmente señaladas en los artículos 32 y 33 del Decreto 219 de enero 30 de 1998,¹⁴ una vez identificado el respectivo registro sanitario del producto cosmético en mención, proceda a adoptar las medidas pertinentes si como consecuencia de

la revisión, se evidencian conductas violatorias de las normas sanitarias. El citado artículo 32 de la norma en mención habilita al INVIMA para “ordenar en cualquier momento la revisión de un producto amparado por registro sanitario, con el fin de:

“a) Determinar si el producto y su comercialización se ajustan a las condiciones del registro sanitario y a las disposiciones sobre la materia;

b) Actualizar las especificaciones y metodologías analíticas, de acuerdo con los avances científicos y tecnológicos que se presenten en el campo de los productos objeto del presente decreto, las que deben adoptarse en forma inmediata;

c) Adoptar las medidas necesarias, cuando se conozca información nacional o internacional sobre los efectos secundarios o contraindicaciones en alguno de los productos cosméticos, detectados durante su comercialización, que pongan en peligro la salud de los consumidores”.

El artículo primero del Decreto 219 de enero 30 de 1998 señala como ámbito de aplicación de estas competencias del INVIMA, las actividades relacionadas con la producción, procesamiento, envase, expendio, importación, exportación y comercialización de productos cosméticos.

Téngase en cuenta que el artículo 27 de dicho Decreto dispone que: “los productos cosméticos estarán sujetos al control y vigilancia por parte del INVIMA, o la autoridad sanitaria delegada, de conformidad con las disposiciones legales vigentes”. Según el artículo 32 literal c) de dicha norma, el INVIMA podrá ordenar la revisión de un producto con registro sanitario, “con el fin de adoptar las medidas necesarias cuando se conozca información nacional o internacional sobre los efectos secundarios o contraindicaciones en alguno de los productos cosméticos detectados durante su comercialización, que pongan en peligro la salud de los consumidores”.

En el presente caso, los hechos del expediente muestran como efecto secundario que amenaza la salud de la tutelante, la patología dermatológica sufrida que ha incidido en la forma de su apariencia facial y le ha causado intensos dolores. El mismo efecto puede presentarse en la comercialización del producto, afectando de igual manera a otros consumidores del mismo. Entonces, existe un riesgo cierto de daño grave que debe evitarse

con medidas preventivas consistentes en solicitar la investigación del producto cosmético empleado en este caso en particular. Como no se le impartirá al INVIMA una orden en sentido estricto, no es necesario haberlo vinculado previamente como parte en el presente proceso.

Es importante agregar que en el artículo 40 del Decreto en mención, se otorga al INVIMA la competencia para la inspección, vigilancia y control de los establecimientos y de los productos regulados, así como para adoptar medidas de prevención y corrección, medidas sanitarias de seguridad, adelantar los procedimientos y aplicar las sanciones con fundamento en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 1290 de 1994. Así mismo, en el literal g) del artículo sexto de la Ley 711 de 2001, se dispone que “el cosmetólogo sólo deberá emplear o utilizar en sus procedimientos, productos debidamente autorizados u homologados por el INVIMA.”

Finalmente, para que el INVIMA pueda ejercer con mayor eficacia sus competencias, es necesario que reciba la información del expediente técnico, con el objeto de establecer claramente si el producto que se aplicó se encuentra debidamente autorizado u homologado de conformidad con las normas vigentes. Así se ordenará a la tutelante.

En mérito de lo anterior, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Cali-Valle, así como la sentencia previamente emitida por el Juzgado Décimo Penal Municipal de Santiago de Cali, y en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la salud a la integridad personal y a la información de Martha Cecilia Tobón Arango.

Segundo.- ORDENAR a la cosmetóloga Victoria García Buitrago que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, en caso de que aún no lo haya hecho, le entregue a Martha Cecilia Tobón Arango copia completa del expediente contentivo de toda la información referente al procedimiento estético que le fue aplicado y le informe por escrito el nombre técnico y el nombre comercial de los productos que utilizó en el procedimiento cosmetológico practicado a la tutelante.

Tercero.- ORDENAR a la tutelante, remitir la información técnica sobre los productos aplicados o el expediente técnico al INVIMA para que ejerza sus competencias previstas en las normas vigentes; una vez la cosmetóloga Victoria García Buitrago se la haya entregado.

Cuarto.- Comunicar por Secretaría General, la presente sentencia al INVIMA para que en ejercicio de sus competencias y con los datos específicos del expediente técnico que le suministrará la tutelante, inicie la investigación atinente al registro del producto con componente químico denominado ácido hialurónico y de los productos compuestos por las sustancias monómeros de silicio o silicio más oxígeno; utilizados en procedimientos cosmetológicos.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 La Corte Constitucional declaró “EXEQUIBLE el numeral 1o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución”, que se declara INEXEQUIBLE. Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 2o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía”, que se declara INEXEQUIBLE. Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 9o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “la vida o la integridad de”.

2 Sentencia T-482 de 2004. MP Álvaro Tafur Galvis.

3 Derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida digna: Sentencias T-1097 de 1994, T-1238 de 2005, T-060 de 2006, T-099 de 2006. Derecho a la salud como derecho fundamental autónomo: Sentencia T-138 de 2006.

4 En el derecho comparado donde no existe una acción judicial con la especificidad de objeto y la amplitud de remedios que caracterizan a la acción de tutela, “las formas de objetivación de los recursos individuales” se refieren a un fenómeno de hibridación o mezcla de elementos pertenecientes a los sistemas de protección de la jerarquía normativa, de carácter abstracto y concreto. Este fenómeno, atípico muestra la articulación a nivel jurisprudencial, de dos técnicas diversas tendientes a proteger, de un lado, la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico objetivo y de otro lado, los intereses subjetivos de la persona”. “Analyse critique de la séparation stricte des modes de justice constitutionnelle en France et en Allemagne pour la protection des droits fondamentaux”. Actas del Coloquio franco-alemán organizado por la Universidad de Paris I Panthéon-Sorbonne y la Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften los días 2 al 4 de Marzo de 2006. Société de Législation Comparée. Collection UMR de Droit Comparé de Paris. 2008.

5 Peter HABERLE, “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concreto frente a la judicatura del Tribunal Constitucional”, Pensamiento constitucional. Año VIII N. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial Lima 2002. Páginas 23-59.

6 El alcance objetivo de los recursos individuales, como la queja individual constitucional alemana, (Verfassungsbeschwerde), tienen también la función de corregir las imperfecciones de las leyes inconstitucionales. En desarrollo de esta función objetiva, el recurso de orden

particular puede adquirir un alcance más general. Por esta razón, suelen seleccionarse las controversias individuales de mayor interés para la sociedad democrática. Consultar Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, von Dr Hans LECHNER. Fortegeführt von prof Dr Rüdiger Zuck. 5 Auflage Verlag C.H Beck München. 2006. S.499.

7 Las modalidades de control constitucional a iniciativa de los individuos en el derecho comparado, como sucede en los sistemas alemán, austriaco, español o belga, tienen esa doble función. En los países mencionados la función objetiva del recurso individual, se ha manifestado incluso en la actividad de comparación entre la Constitución y las leyes subordinadas con el fin de determinar la validez de estas, más allá de la protección del derecho individual que dio inicio al recurso. Sobre la función objetiva del recurso individual en Alemania: Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, von Dr Hans LECHNER. Fortegeführt von prof Dr Rüdiger Zuck. 5 Auflage Verlag C.H Beck München. 2006. S.499.” Sobre la función objetiva del recurso en anulación belga, consultar la actividad jurisprudencial de la Corte Constitucional: Cour constitutionnelle .Rapport 2006.” Vanden Broele Bruges. ISBN 9789085845675. Para analizar el caso español consultar BILBAO UBILLOS, J. “Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo constitucional”, en Escritos Jurídicos en Memoria de Luiv Mateo Rodríguez, Santander, 1993, pág. 132. Ver también BORRAJO INIESTA, Ignacio, “Amparo frente a leyes. (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)”, en RAP., Nº 98, 1982, p. 215.

8 Así sucede en Colombia donde la Corte Constitucional puede seleccionar discrecionalmente las tutelas para su eventual revisión. Dentro de los criterios para efectuar dicha selección se destaca el de la trascendencia (art.33, Decreto 2591 de 1991: “La Corte Constitucional designará dos de sus magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses”).

9 Existe un debate doctrinal en torno al sistema de admisión de las quejas individuales constitucionales. Si bien es cierto que la Corte Constitucional Federal Alemana tiende a

admitir controversias individuales que van más allá del litigio, fundada en el argumento del interés general en la materia discutida en el proceso, algunos doctrinales critican este fenómeno con base en tesis subjetivas que hacen énfasis en la gravedad de la violación del derecho. Sobre el particular, consultar el artículo de Jutta Limbach, “Función y significado del recurso constitucional en Alemania”, en Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional N 3 de 2000, pags 68-89.

10 Corte Constitucional Federal: Decisión del 14 de Julio de 1998.

11 Se resolvió “Ordenar a Transmilenio S.A. que en el término máximo de dos años, a partir de la notificación de la presente, diseñe un plan orientado a garantizar el acceso del accionante al Sistema de transporte público básico de Bogotá, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas, y que una vez diseñado el plan inicie, inmediatamente, el proceso de ejecución de conformidad con el cronograma incluido en él.”

12 Se resolvió: Primero.- “tutelar el derecho fundamental de toda niña y todo niño “de brazos”, usuario del sistema Transmilenio, a la protección integral, comprendiendo su libertad de movilización, en el contexto del servicio público urbano, el cual contempla, como mínimo, el acceso efectivo y sin cargo alguno al sistema público de transporte. Mientras no se regule específicamente la materia, se presume “de brazos” el menor de dos (2) años, por las razones señaladas en el apartado [6.9] de las consideraciones y fundamentos de esta sentencia.

Segundo.- Ordenar a Transmilenio S.A. que en el término de 72 horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, divulgue la nueva regla del Manual del Usuario y disponga lo necesario para su ejecución, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral anterior.”

13 “La Corte Constitucional esgrimió el siguiente argumento para confirmar en la parte resolutive la decisión de instancia: “En efecto, conociendo el enorme riesgo al que se encuentran sometidos los menores y en atención al mandato constitucional que otorga una incuestionable prelación a los derechos fundamentales de los niños, nada justifica que no existan estudios confiables sobre la localización e incidencia de la enfermedad, el porcentaje y las zonas de población en riesgo, así como el porcentaje de población inmunizada, las tasas de letalidad, la incidencia epidemiológica o la relación costo-efectividad de las vacunas existentes. Tampoco puede justificarse que no existan programas nacionales de prevención,

que no se hayan realizado ingentes esfuerzos para conseguir los recursos que permitan vacunar a la población en riesgo o que no se hubiesen investigado distintas alternativas de inmunización, como las que fueron mencionadas en otro lugar de esta sentencia. Todo ello pone de presente la necesidad que las autoridades públicas sean conscientes de las prelacións constitucionales y asuman con vigor las obligaciones que les impone la Constitución Política.”

14 Decreto por el cual se reglamentan parcialmente los regímenes sanitarios de control de calidad, de vigilancia de los productos cosméticos y se dictan otras disposiciones.