

# Anales de la Academia de Medicina de Medellín

Epoca V, volumen 11, número 2, abril-junio 1998  
Publicada desde 1887



## Contenido

Ética

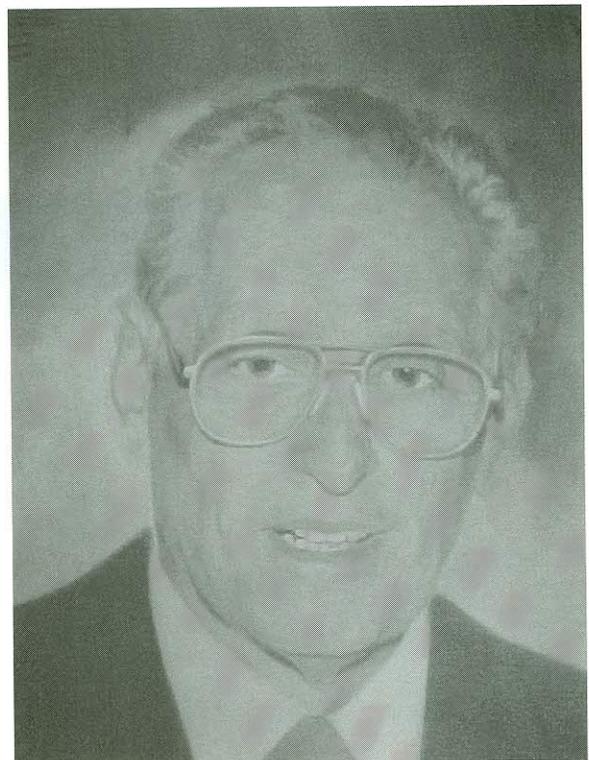
**Consentimiento informado.  
Ley 23 de 1981 (Ley de Ética  
Médica) ..... 29**

Dr. Norman Diego Pizano Ramírez

Legislación

**El dictamen médico y la acción  
de tutela..... 39**

Dr. César Augusto Giraldo Giraldo



Portada volumen 11, números 1, 2, 3 y 4, 1998  
Dr. Alberto Echavarría Restrepo

# Consentimiento informado. Ley 23 de 1981 (Ley de Ética Médica)

Norman Diego Pizano Ramírez\*

**Resumen.** Si bien el tema es importante desde la antigüedad clásica, en los tiempos modernos se ha hecho cada vez más evidente la necesidad de que quien presta servicios de atención a la salud informe a los pacientes sobre su enfermedad, los procedimientos de diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, y la evolución de los mismos, con el fin de que el enfermo (o en algunos casos su representante legal) pueda dar un consentimiento verdaderamente informado, y que se ajuste a las necesidades éticas y a las prescripciones legales. Se examinan las partes concernientes de la ley de Ética Médica y su decreto reglamentario, de las reglamentaciones del Ministerio de Salud, de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, y de la doctrina jurídica reciente. Por otra parte, se hace una síntesis del único texto jurídico que trata específicamente del tema, y se resume la problemática actual del consentimiento informado. Finalmente, se reproducen íntegramente los textos de los consentimientos informados que usa el autor, sobre los cuales él no quiere aducir derechos de autor, y que por lo tanto pueden ser reproducidos y modificados libremente por quienes los necesiten.

**Palabras clave:** consentimiento informado, leyes de Ética Médica.

**Artículo 1.** El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.

**Artículo 8.** El médico respetará la libertad del enfermo por prescindir de sus servicios.

**Artículo 15.** El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos

**Summary.** Even though the topic has been important since many years ago, in the modern times there has been an increased necessity of the fact that who offers health services informs the patients of their disease, the diagnosis procedures, treatment and rehabilitation, and their evolution, in order that the patients (or in some instances their legal representative) could give a truly informed consent, and that is adjusted to the ethical requirements and to the legal prescriptions. This article examines the concerning laws of Medical Ethics and its regulatory decrees, of the regulations of the Health Ministry, of the Constitutional Court and of the Supreme Justice Court, and of the recent legal doctrine. On the other hand, a synthesis of the only legal text on the matter is discussed, and the current problems of the informed consent are synthesized. Finally, the texts of the informed consent used by the author are reproduced, on those which he does not want to adduce copyrights, and that therefore they can be reproduced and modified by who ever needs them.

**Key words:** informed consent, laws of Medical Ethics.

en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

**Artículo 16.** La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto.

El médico advertirá de él al paciente o sus familiares o allegados.

**Artículo 33.** Las prescripciones médicas se harán por escrito, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.

\* Cirujano Vascular. Clínica Soma. Medellín, Colombia

**Artículo 34.** 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.

## DECRETO REGLAMENTARIO 3380 DE 1981

**Artículo 5.** El médico respetará la libertad del enfermo para prescindir de sus servicios, siempre y cuando el paciente tenga capacidad de manifestar su libre albedrío.

**Artículo 9.** Se entiende por riesgos injustificados aquellos a los cuales sea sometido el paciente y que no correspondan a las condiciones clínico-patológicas del mismo.

**Artículo 10.** El médico cumple la advertencia del riesgo previsto a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la ley 23 de 1981, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico.

**Artículo 11.** El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos:

- A) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes allegados se lo impidan, y
- B) Cuando existe urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico.

**Artículo 12.** El médico debe dejar constancia en la historia clínica del paciente, de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla.

**Artículo 13.** Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico pueda comportar efectos adversos de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la

práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico.

**Artículo 21.** No constituyen actos desaprobatorios las diferencias de criterio o de opinión entre médicos que manifestadas en forma prudente surjan de la discusión, análisis y tratamiento del paciente.

## RESOLUCION 13437 DE 1991 MINISTERIO DE SALUD

**Artículo 1.** ... Todo paciente debe ejercer sin restricciones por motivos de raza, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen social, posición económica o condición social:

... **2.** Su derecho a disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiadas a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permita obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como a los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y al pronóstico y riesgos que dicho tratamiento conlleve. También su derecho a que él, sus familiares o representantes, en caso de inconsciencia o minoría de edad consientan o rechacen estos procedimientos, dejando expresa constancia ojalá escrita de su decisión.

## SENTENCIA No. T-401/94. CORTE CONSTITUCIONAL

Cada quien es libre de decidir si es o no el caso de recuperar su salud. Si yo soy dueño de mi vida, a fortiori soy libre de cuidar o no mi salud cuyo deterioro lleva a la muerte que, lícitamente, yo puedo infligirme.

Todo paciente tiene derecho a rehusar la aplicación de un determinado tratamiento sobre su cuerpo. Sin embargo, el hecho de no manifestarlo y de aceptar las prescripciones clínicas, es un indicio suficiente para considerar una aceptación tácita que puede bastar para que el médico proceda con su tratamiento. La voluntad del paciente de preferir una cosa sobre otra es una razón que el médico debe tener en cuenta.

El médico también es beneficiario del derecho de rehusar asistencia a un paciente cuya voluntad con-

siste en seguir un tratamiento que el galeno considera condenado al fracaso.

## El concepto de autonomía:

1. En términos generales, toda persona tiene derecho a tomar decisiones que determinen el curso de su vida. Esta posibilidad es una manifestación del principio general de libertad, consagrado en la Carta de Derechos como uno de los postulados esenciales del ordenamiento político constitucional (Constitución Política arts. 13, 16 y 28). Del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud.

2. La posición autonomista aboga por el respeto de las decisiones personales incluso cuando se toman de manera imprudente o en perjuicio de la salud. Esta perspectiva considera peligrosa la posibilidad de reservar un derecho de intervención en aquellos eventos en los cuales el médico piensa que el paciente ha tomado una decisión equivocada. El principio de autonomía permanece incólume aún cuando la persona elige de manera consciente un camino que no conduce al beneficio de su mejor interés. Esto es lo que en filosofía se conoce como "voluntad débil".

## El consentimiento informado.

1. La bioética constata un acuerdo sobre algunos puntos esenciales relativos al tratamiento y al ejercicio médico. En cuanto a lo primero, se considera todo tratamiento, aún el más elemental, debe hacerse con el consentimiento del paciente. Existen, sin embargo, tres casos en los cuales se presenta una excepción a esta regla: 1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad.

En relación con el ejercicio médico, se considera que éste se encuentra estructurado a partir de dos principios fundamentales: 1) capacidad técnica del médico y 2) consentimiento idóneo del paciente. La capacidad técnica del médico depende de su competencia para apreciar, analizar, diagnosticar y remediar la enfermedad. El consentimiento idóneo, se presenta cuando el paciente acepta o rehu-

sa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación.

2. La efectividad del principio de autonomía está ligada al consentimiento informado. La medicina no debe exponer a una persona a un tratamiento que conlleve un riesgo importante para su salud, sin que previamente se haya proporcionado información adecuada sobre las implicaciones de la intervención médica y, como consecuencia de ello, se haya obtenido su consentimiento.

3. En esta materia se presenta una dificultad adicional que consiste en saber bajo qué criterio general debe juzgarse la información, con el objeto de determinar, por ejemplo, hasta qué punto el médico está obligado a divulgar ciertos detalles que pueden causar perjuicio en el estado anímico y físico del paciente. Resulta temerario formular una pauta de conducta objetiva que pueda ser seguida en todos los casos posibles. La información que el médico debe transmitir al paciente es un elemento para ser considerado dentro de un conjunto de ingredientes que hacen parte de la relación médico-paciente.

La medicina no siempre cuenta con los beneficios de la objetividad propios de las ciencias exactas. Un médico competente puede tener discrepancias sobre el tratamiento adecuado no sólo con su paciente sino también con sus colegas. Lo esencial es que la falta de acuerdo permanezca en el plano teórico y no se convierta en un empeño personal. Una visión tendencialmente autonomista como la que se deduce de la moderna bioética y de los principios mismos de la Constitución Política debe soslayar el aspecto puramente técnico cuando éste se encuentra en conflicto con el consentimiento del paciente.

En muchas circunstancias y coyunturas de la vida humana, no por imposición de nadie sino por la naturaleza de las cosas y por la tozuda presencia de los hechos, la persona se ve precisada a hacer lo que no le gusta o a privarse de aquello que desea.

Una de estas situaciones es la que surge de la necesidad de someterse a determinado tratamiento para obtener curación o alivio de una enfermedad que se padece, o para prevenir dolencias posteriores evitables.

Desde luego, casi todo procedimiento clínico produce incomodidades y con frecuencia su aplicación continua trastorna la vida cotidiana del paciente y la de su familia. Estas son consecuencias normales y diríase que necesarias de la voluntaria sujeción a las prescripciones y orientaciones del médico.

De allí a considerar que el médico vulnera el libre desarrollo de la personalidad del enfermo, por disponer un tratamiento que no es del agrado de éste, hay mucha distancia.

El paciente, al entablar la relación profesional con su médico, contrae compromisos y cargas de los que no se puede deshacer invocando un derecho absoluto a su libre determinación.

## JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia considera que la obligación que el médico contrae por acuerdo es de medio y no de resultado, de tal manera que si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado al enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia a pesar de que sabía que era el indicado. ... En la cirugía estética la obligación es de medios y no de resultados, salvo cuando las partes convienen y el médico así se obliga a producir un efecto determinado. (Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 26 de noviembre de 1986. Magistrado ponente Héctor Gómez Uribe).

La responsabilidad médica sigue siendo tratada en la jurisprudencia de la Corporación como de medios, o sea de prudencia y diligencia, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención, a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de lograr el fin deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo. Esta verdad jurídica impone que, de acuerdo con los principios generales que rigen la carga de la prueba, le incumbe al actor la demostración de los hechos en

que funda su pretensión, y al demandado la prueba de los hechos que excusan su conducta. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 18 de abril de 1994. Magistrado ponente Julio César Uribe Acosta).

Cuando el médico va a practicar una cirugía de alto riesgo debe contar con el consentimiento expreso del paciente y sus familiares y, de no observar esta precaución, incurrirá en la creación de un riesgo no autorizado por el paciente, susceptible de ser indemnizado. (Corte Suprema de Justicia, Casación Penal, sentencia del 24 de octubre de 1995. Magistrado ponente Fernando Arboleda Ripoll).

## DOCTRINA

Definición de consentimiento. Aquiescencia que una persona capaz de ejercer derechos y de contraer obligaciones da a un hecho externo.

En materia civil para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que consienta en dicho acto o declaración sin que su consentimiento se haya afectado por error, fuerza, dolo o lesión enorme. (Mario Madrid Malo. Diccionario básico de términos jurídicos. Editorial Legis. Santafé de Bogotá. 1994. Pág. 118.

Consentimiento y autonomía. El derecho a la autonomía o autodeterminación es de hecho el fundamento de todos los demás derechos humanos ya que no tendría ningún sentido hablar de "derechos" a no ser que seamos capaces de decidir por nosotros mismos y ser responsables de nuestra vida. (Max Charlesworth. La bioética en una sociedad liberal. Editorial Cambridge University Press, Traducción Mercedes González. 1996. Pág. 43.

El concepto de consentimiento y su problemática. El precitado acuerdo o concurso de las voluntades individuales de quienes intervienen en la celebración de las convenciones (y de los actos unipersonales complejos) es lo que específicamente se denomina en el léxico jurídico con la expresión consentimiento (del latín cum sentire), que no solamente denota la pluralidad de las manifestaciones individuales de la voluntad de los agentes, sino

también la concurrencia y unificación de ellas en un solo querer (indem placitum).

En el lenguaje vulgar, consentir también significa adherir unilateral y voluntariamente a algo, y en este sentido el artículo 1502 de Código Civil dice que “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”. De manera que, según esta acepción vulgar las voces consentimiento y voluntad son sinónimas, y es tal el imperio de su uso inveterado que, a sabiendas de incurrir en impropiedad técnica, los juristas cometen frecuentemente esta equivocación. (Guillermo Ospina Fernández y otro. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. Editorial Temis. Cuarta edición actualizada. 1994. Págs 144 y 145).

Manifestación del consentimiento para el riesgo. El paciente debe manifestar su consentimiento, bien sea de manera personal o a través de la persona que tenga su representación legal o que sea la más allegada, en los casos en que no pueda hacerlo directamente (minoridad, inconsciencia, alteración mental). Este consentimiento, otorgado para el acto médico, será válido en la medida en que se obtenga de una persona bien informada.

El médico tiene la obligación de mantener al paciente permanentemente informado y la información debe ser completa y precisa, siempre que sea posible darla. Habrá eventos en los cuales el médico, según prudente juicio, mejor deba abstenerse de dar una información que lleve al paciente a un estado físico o mental peor de aquel en que se encuentra. Pero si necesita la autorización del enfermo o de sus familiares para proceder clínicamente, está en la obligación insoslayable de advertir el riesgo previsto, so pena de responder por él (Ley 23/81, art. 16).

Esta obligación deriva, claramente, del principio de libertad que hace de los actos del ser humano una manifestación de su soberana determinación personal. La autonomía que consagra y ampara la Constitución Política de Colombia como desprendimiento de esta libertad (artículos 13, 16 y 28), está implícita en las decisiones de quien se somete a un tratamiento médico. (Fernando Guzmán Mora

M.D. y otros. La práctica de la medicina y la ley. Biblioteca Jurídica DIKE. 1ª edición. 1996. Págs. 31 y 32.

Requisitos para que el consentimiento sea válido: Para que ese consentimiento comporte el carácter generador o productor de consecuencias jurídicas, tal como lo indica el artículo 1508 del Código Civil, debe estar exento de error, fuerza o dolo, vale decir, debe haber sido expresado, por parte de su otorgante, de manera libre y espontánea, sin coacciones, sin presiones, y obviamente contando con la suficiente ilustración e información, tanto sobre el objeto sobre el cual recae, como sobre las prestaciones a cuyo cumplimiento y observancia se obliga su otorgante y, obviamente, sobre la persona (tanto subjetiva como objetivamente) con quien se contrata, esto es, respecto de quien se dispensa. (Carlos Mario Molina Arrubla. Responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad médica, Parte general, 1ª ed. Medellín, Biblioteca Jurídica DIKÉ, 1994, pág. 16.

## MARIA PATRICIA CASTAÑO DE RESTREPO

No nos consideramos portadores de ninguna verdad sabida y probada, y menos, cuando el tema objeto de nuestro estudio se torna difuso y complejo, dada la magnitud y trascendencia de los aspectos que toca.

No pretendemos satisfacer todas las expectativas e inquietudes suscitadas en torno a estos conflictos, ni referirnos a todas las posiciones asumidas para solucionarlos, y menos establecer pautas que puedan satisfacer a todos. Porque como lo ha dicho Ross existe una clara dificultad para hacer planteamientos éticos y morales sujetos a toda prueba: “... ningún filósofo moralista ha sido nunca capaz de presentar un sistema de normas morales libre de este tipo de conflictos entre principios y excepciones a los principios”.

Los tribunales en el mundo entero tienen que resolver litigios de toda naturaleza derivados de la desinformación del paciente o de la no obtención de su voluntad (asentimiento) por parte del médico, para aplicarle un tratamiento o procedimiento o para suministrar a un tercero una información que debe permanecer en reserva, etc.

En el proceso que sufre el ser humano para tomar una decisión se requiere como mínimo que se presenten dos etapas: la primera, que podríamos llamar cognitiva o cognoscitiva, integrada por los conocimientos sobre los elementos mínimos para poder decidir (conocimiento y comprensión). Y la segunda, que podríamos llamar propiamente volitiva, constituida por la aquiescencia, o determinación de lo que se desea (decisión). Para considerar a una persona autónoma, es necesario que esa persona posea los elementos necesarios para lograr desarrollar las dos etapas al tomar la decisión.

Si para decidir es necesario conocer, para conocer es necesario ser informado; para ser informado será necesaria la previsibilidad de quien informa. ... (los profesionales de la salud) deben ser lo más previsivos posible en materia de posibilidades diagnósticas, terapéuticas y de riesgos de común ocurrencia, para así obtener una voluntad jurídica ampliamente facultativa, de parte del paciente.

La información debe ser simple, aproximada, veraz, leal, prudente, inteligible y oportuna.

En principio sólo se tiene obligación de informar a quien tenga la capacidad de decidir. Como regla general, el paciente es quien posee esa facultad. Luego, en principio, sólo se debe informar al paciente. En otras ocasiones, algunas normas imponen el deber del profesional de informar a las personas que puedan decidir por el paciente, por encontrarse éste en especiales condiciones que le impiden ejercitar en debida forma su autonomía.

(Según el artículo 15 de la ley 23 de 1981), se exige hacer la advertencia de las posibles consecuencias del tratamiento o procedimiento en forma anticipada, lo que posibilita que el paciente pueda decidir si se somete o no al mismo.

La voluntad debe ser emitida por una persona autónoma. En consecuencia, se requiere que tenga las condiciones requeridas para realizar el proceso cognitivo y el volitivo necesarios para tomar una determinación relacionada con su vida, su integridad personal y su salud, etc. Por lo tanto, debe estar en capacidad de comprender la información, de establecer la relación riesgo-beneficio frente a la aplicación o no de cada procedimiento, etc. y de

decidir libremente, teniendo control de sí mismo a pesar de estar muchas veces moderadamente presionado por factores internos y externos. Finalmente, debe tener también capacidad de representarse las consecuencias de sus decisiones, en la forma más aproximada posible.

Se puede entender por consentimiento informado o mejor, por voluntad jurídica del paciente:

La exteriorización de la decisión autónoma del paciente y en su defecto, de sus representantes o allegados responsables, cuando ello es jurídicamente viable, con miras a celebrar un contrato de prestación de servicios de la salud (integrante del consentimiento); o para autorizar o no la prestación de uno o varios servicios de salud en cualquiera de sus modalidades y todo lo que tenga que ver con los mismos, siempre que se trate de aspectos sobre los cuales el usuario del servicio tenga la potestad de decidir (asentimiento o disasentimiento), habiendo sido previa, oportuna, veraz, simple, aproximada, inteligible y moderadamente ilustrado sobre todos los elementos necesarios para que pueda tomar una determinación acorde con sus mejores intereses, y relevante jurídicamente. La información puede versar sobre: el examen de reconocimiento del paciente y los procedimientos diagnósticos (invasivos o no) que se le puedan practicar; el diagnóstico o estado de salud del paciente; las diversas posibilidades terapéuticas o procedimientos, y sus beneficios; los riesgos o efectos adversos (previstos) de los tratamientos o procedimientos o del no sometimiento a los mismos; el pronóstico de la enfermedad y de la eficacia de los tratamientos; la duración de la incapacidad; las posibilidades de rehabilitación; el costo de los servicios, entre otros puntos. ... (no siempre se debe suministrar información sobre todos los aspectos). ... La voluntad del paciente puede versar entonces sobre otros aspectos conexos con la celebración del contrato, con la reserva sobre la información y con la aceptación de un procedimiento o tratamiento. Su exteriorización puede hacerse tanto en la etapa de formación contractual, cuando así lo permitan las circunstancias, como en la etapa de ejecución contractual o por fuera de una relación contractual, cuando no hay de por medio un contrato entre el profesional de la salud o la institución que va a prestar el servicio y el paciente, o cuando la obligación de prestar el servicio surge de la ley.

Adicionalmente, habremos de señalar que cuando una persona va a participar en una investigación y por lo tanto va a someterse a un procedimiento experimental debe ser informada sobre algunos aspectos específicos.

No podemos dejar a merced de los caprichos del paciente, el determinar qué se debe informar o qué se debió haber informado; es preciso ser ponderados para no pecar por defecto como por exceso en esta materia.

Así, por ejemplo, los riesgos de todo tratamiento son infinitos, y es imposible advertirlos todos. Pero lo más grave es que, a priori, no siempre es posible decidir cuáles se deben advertir y cuáles no. ... existen múltiples riesgos que aunque pueden estar en la mente del profesional, en la práctica no siempre es posible, ni conveniente advertir. ... El análisis a posteriori de la no advertencia de un riesgo, haría siempre responsable al profesional, pues el paciente siempre podría argumentar que el riesgo que produjo el daño no le fue advertido y que de haberlo conocido, no se habría sometido al procedimiento.

Condiciones para que la voluntad del paciente sea jurídicamente relevante:

1. Debe provenir del paciente o de quien se encuentre facultado para exteriorizarla
2. Debe ser emitida por una persona autónoma
3. Debe ser otorgada por una persona capaz legalmente
4. Debe ser ilustrada (información previa)
5. Debe exteriorizarse en forma oportuna
6. Debe estar exenta de vicios
7. En principio, no requiere exteriorizarse con el cumplimiento de determinadas formalidades (libertad de forma)
8. Debe referirse a bienes jurídicos disponibles (existe cierta facultad de disponer de la vida y la salud)
9. Debe tener objeto y causa lícitos
10. Debe ser seria y debe exteriorizarse (recomendamos el escrito como mecanismo probatorio idóneo)

En principio, el alcance de la voluntad jurídica del paciente comprende todos los actos y procedimientos accesorios o complementarios del acto inicialmente asentido. Por lo tanto, para practicarle al paciente nuevos procedimientos que no estén dentro de ese parámetro y dentro de lo previsto e informado, será necesario obtener su asentimiento específico o el de sus representantes, cumpliendo para ello con la etapa previa de la información.

Ahora, cuando el paciente previamente informado toma una decisión, debe asumir con responsabilidad las consecuencias de su determinación. ... Reiteramos que quien tiene derecho a decidir, debe asumir las consecuencias de sus decisiones.

María Patricia Castaño de Restrepo. El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica. Editorial Temis. 1ª edición. Santa Fé de Bogotá. 1997.

## PROBLEMAS ACTUALES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. ANGELO FIORI

La desinformación pública sobre las posibilidades y límites reales de la medicina hay que considerarla como una de las causas principales del actual conflicto entre los médicos y la sociedad.

El consentimiento informado del paciente se ha convertido en un problema cada vez más complejo. Los médicos, que con frecuencia no sintieron su exigencia deontológica y jurídica, hoy lo ven con aprensión desde ese remolino de sorpresa, de temor y de creciente sufrimiento en el que los ha introducido el contencioso judicial.

Una reflexión que pretenda llegar al fondo y al mismo tiempo explorar mejor la complejidad de los factores en juego – sin limitarse a recetas de comportamiento dictadas a los médicos recomendando consentimientos escritos incluso en formularios especialmente preparados para ello – lleva a entender que la cuestión del “consentimiento” y de la “información” con él vinculada es de mucho más alcance y puede poner en tela de juicio incluso las estrategias generales de la Medicina.

## Aspectos jurídicos

El consentimiento informado es uno de los pilares de la licitud del tratamiento médico-quirúrgico, (la cual) encuentra fundamento en los tres pilares constituidos por el consentimiento informado, el estado de necesidad y las disposiciones de la ley.

Puede afirmarse que el médico no dispone del “derecho de curar” sino de la “potestad de curar”, la cual le viene, subjetivamente, de su titulación en Medicina y de la habilitación para el ejercicio profesional, pero que, para poder manifestarse requiere el consentimiento de la persona que se va a someter al tratamiento.

Resulta indispensable que los médicos tomen conciencia de la necesidad de una mayor formalización del consentimiento, incluyendo en sus formas escritas también la autorización para cambiar de conducta en el curso de situaciones que se caractericen por la imposibilidad de interrogar al paciente.

La forma del consentimiento es implícita o explícita, oral o escrita. La primera se utiliza en la mayoría de los casos. Es un acuerdo tácito-basado en la confianza y también en el hecho de que el paciente conoce por experiencia gran parte de las prestaciones médicas comunes, desde la consulta o la prescripción de análisis de laboratorio, hasta la receta. ... Es de esperar que en este contexto más usual no se lleguen nunca a acuerdos escritos.

Hoy todavía prevalece la forma oral del consentimiento incluso en las prescripciones diagnósticas y terapéuticas más comprometidas, tanto en la vertiente del médico general y especialista como en la del cirujano. Por lo demás, en este último sector es de esperarse, para el futuro, que se recurra cada vez más a la forma escrita del consentimiento, ya sea obteniendo la firma de fórmulas genéricas – que tienen el valor de un testimonio escrito del consentimiento requerido – como a través de diversos tipos de formularios que contienen no sólo la indicación precisa de la enfermedad diagnosticada y de la terapia que se pretende efectuar, o bien del diagnóstico invasivo que se ha proyectado, sino también de los posibles riesgos, hasta llegar a enumerar todos los específicamente conocidos, tal como ocurre a menudo en Estado Unidos.

Se trata de una práctica que sin duda responde y responderá a las exigencias del derecho vigente, pero nos preguntamos ... si estas formas escritas no representan en realidad medidas de medicina defensiva, que sirven más para proteger al médico que para ayudar al paciente. ... Los casos judiciales han llevado el problema crucial del consentimiento, anteriormente confinado a la conciencia profesional, a los tribunales, induciendo en los médicos un temor creciente y, al mismo tiempo, invitándolos a reconsiderar las razones de su propia actuación, así como los contenidos y las formas de su relación con los pacientes y sus familiares.

Hoy la omisión del consentimiento escrito, o bien, los consentimientos genéricos e incompletos ... se han vuelto ... un instrumento judicial de fácil acusación contra el médico. (Las) normas no pretenden el consentimiento escrito, pero acaban por exigirlo indirectamente cuando se denuncia su carencia frente a una eventual e inesperada situación de daño.

## Aspectos deontológicos

El consentimiento informado es para el médico un deber deontológico que trasciende a las normas jurídicas. Es útil recordar que se trata de un aspecto esencial de la actividad médica sobre el que se ha meditado desde la antigüedad.

El artículo 4 de la Guía Europea de Ética Médica expresa: “Salvo el caso de urgencia, el médico explicará al enfermo los efectos y las consecuencias previsibles de la terapia. Obtendrá el consentimiento del paciente, sobre todo cuando los actos propuestos comporten un peligro serio. El médico no puede sustituir la concepción de calidad de la vida de su paciente por la suya”.

## El consentimiento social

La información y el consentimiento también interesan a los familiares e incluso a los amigos del paciente. ... Se establece en este punto una auténtica dinámica de grupo. ... El consentimiento social a la actividad médica es el verdadero fundamento de la legitimación de la medicina.

Este consentimiento social que requiere una continua información del público también encierra en

su seno el germen de la disensión y el conflicto de la sociedad entera cuando la acción de los médicos resalta por el fracaso total o parcial. Estas dinámicas representan el clima favorable para promover y mantener los conflictos por responsabilidad profesional, siendo la omisión del consentimiento informado cada vez más instrumentalizada, con razón o sin ella.

En el amplio problema general del consentimiento social (de toda la sociedad), hay que distinguir el consentimiento a la acción de la medicina y el consentimiento a la acción de los médicos.

Si hoy los médicos son acusados y llevados a un juicio penal y civil es precisamente por la confianza cada vez mayor, y más exagerada, que la sociedad deposita en la ciencia médico-quirúrgica, de donde proviene la correspondiente desilusión frente a los fracasos o las graves complicaciones que son atribuidas a los médicos en particular y a las estructuras en las que estos actúan.

Este confiado consentimiento social a la medicina y a la cirugía tiene su cara negativa, que consiste en el conflicto con el médico en particular, bastante a menudo "chivo expiatorio", que se debe inmolarse en expiación de la desilusión que sigue a la fallida consecución de éxitos, con frecuencia esperados sin fundamento; fracasos que son atribuidos a los médicos en particular y a las estructuras en que operan, a veces con razón, pero en la mayoría de los casos, sin ella.

El consentimiento social a las actividades médicas debe ser, en efecto, un consentimiento informado sobre las posibilidades reales de diagnóstico y de terapia, sobre los factores imponderables y las complicaciones, y sobre las limitaciones de todo tipo de tratamiento.

A nivel de la información colectiva es donde se puede dar la máxima sinceridad, proporcionando la información más completa y auténticamente verosímil. La información pública es la que puede presentar apropiadamente las nuevas metas que constituyen las luces del progreso y también las numerosas sombras de la ignorancia que siguen subsistiendo. Toda esta información puede devolver el nivel de expectativas a una humana y sabia conciencia de los límites de la medicina, a fin de que sus fracasos no sean sistemáticamente atribui-

dos a un médico en particular, que sólo es culpable en ciertos casos.

Porque precisamente de esto se trata, del hecho que la información triunfalista y acrítica, causante de un "desinformado" consentimiento social, es el terreno de cultivo en el que florece y se difunde la "disensión" contra los médicos; la confrontación, el recurso a los tribunales donde los médicos, a menudo acusados sin razón, encuentran a los magistrados para juzgarlos: otros ciudadanos quienes, análogamente a todos los demás, viven este sentimiento dissociado de creciente confianza ilimitada en la medicina y de creciente desconfianza en los médicos. (Subrayado mío).

Otros médicos investidos de peritos, contribuyen a desorientar a los jueces, (y participan) más o menos conscientes, en el rito de expiación de los delitos de desinformación pública, perpetrados en estos años de cultura-espectáculo y de anuncios publicitarios de todo tipo de productos, delitos dictados por el orgullo y el interés.

Ha llegado, pues, el momento de apelar a un consentimiento social a los tratamientos médico-quirúrgicos que esté auténticamente informado de sus luces y sus sombras. En caso contrario, será cada vez mayor el número de médicos llevados injustamente a juicio por problemas de omisión o insuficiente consentimiento, y será entonces inevitable entrar por ... el peligroso camino de la medicina defensiva, que es el extremo opuesto, igual de perjudicial y detestable, de la medicina temeraria y de la medicina inútil.

Esta es la batalla que los médicos, todos unidos en los colegios profesionales y en las sociedades científicas, deben comenzar a dar si quieren sustituir el sentimiento de desorientación, de depresión y de entrega que el actual clima de "caza de brujas" tiene en su producto, con el de una serena conciencia de la importancia de su acción, insustituible para la salud de la humanidad, y de una actuación tranquila en la relación con los pacientes en particular, con sus familias, con las comunidades de pertenencia y con toda la sociedad.

Angelo Fiori. Director del Instituto de Medicina Legal y de los Seguros, Universidad Católica del Sagrado Corazón, Roma. Traducido en: *Medicina y Ética*, 1995/2. Pág. 195-211.

# El dictamen médico y la acción de tutela

César Augusto Giraldo Giraldo\*

**Resumen.** Se revisan las disposiciones constitucionales y legales sobre la acción de tutela, y se comenta lo inadecuado de los cuestionarios judiciales por ambiguos, y de muchas respuestas médicas no siempre precisas.

*Se propone la adopción de un cuestionario por parte del juez de tutela, para que la respuesta médica sirva de ilustración al juez.*

**Palabras clave:** constitución, corte constitucional, vida digna.

**Summary.** The constitutional and legal layouts of a tutelage action are reviewed, also the impropriety of the judicial questionnaires and their unclear medical answers are discussed.

*The adoption of a questionnaire by the judge is proposed, so that the medical answers serve as an illustration to the judge.*

**Key words:** constitution, constitutional court, honorable life.

**L**a Constitución de 1991 introdujo como norma la denominada Acción de Tutela en el artículo 86. Esta protección Constitucional existía ya en numerosas cartas de países que con mayor frecuencia la han denominado Derecho de Amparo. La norma constitucional lleva a proteger de manera primordial los Derechos Humanos Fundamentales.

Dice así el artículo 86 de la Constitución: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el

juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La Ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

Para los niños los derechos fundamentales son más amplios: Artículo 44: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, se-

\* Médico Forense. Director del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nor-occidente. Medellín, Colombia.

cuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tiene la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

En principio los derechos fundamentales fueron definidos por la Constitución y la tutela fue reglamentada por el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 306 de 1992.

Éstas normas traen precisas disposiciones que vale la pena considerar.

El artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 dice sobre el objeto de la tutela: “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiere a derechos, la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente Ley estatutaria de los estados de excepción”.

Sobre los derechos protegidos por la tutela esa norma dice así en su artículo 2º: “La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por

la constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la corte constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”.

El artículo 6º definió el Perjuicio irremediable de la siguiente manera: “La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medio de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización, (inc. Inexequible).

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de Hábeas Corpus.
3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.
4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continué la acción u omisión violatoria del derecho.
5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”.

En el artículo 8º se definió la tutela como mecanismo transitorio. “Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autori-

dad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de los contencioso administrativo. En estos caso, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso”.

Desarrolló después en el artículo 18 la importancia de la prueba, que no es otra que el dictamen médico para las acciones de tutela que tiene que ver con el derecho fundamental de la vida y de la protección de la salud. “El juez que conozca de la solicitud podrá tutelar el derecho, prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho”.

El artículo 21 y 22 precisó otras normas que buscan la certeza sobre la veracidad del derecho fundamental vulnerado.

El Decreto 306 de 1992 hizo luego unas aclaraciones sobre lo que no se consideró Perjuicio irremediable: “De conformidad con el inciso segundo del numeral primero del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, se entiende por irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

No se considera que el perjuicio tenga el carácter de irremediable, cuando el interesado puede solicitar a la autoridad judicial competente que se disponga el restablecimiento o protección del derecho, mediante la adopción de disposiciones como las siguientes:

a. Orden de reintegro o promoción a un empleo, cargo, rango o condición;

b. Orden de dar posición a un determinado funcionario;

c. Autorización oportuna al interesado para ejercer el derecho;

d. Orden de entrega de un bien;

e. Orden de restitución o devolución de una suma de dinero pagada por razón de una multa, un tributo, una contribución, una tasa, una regalía o cualquier otro título; revisión o modificación de la determinación administrativa de una obligación de pagar una suma de dinero; o declaración de inexistencia de esta última, y

f. Orden de actuar o de abstenerse de hacerlo, siempre que la conducta sea distinta del pago de una indemnización de perjuicios.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará también en aquellos eventos en los cuales legalmente sea posible que además de las órdenes y autorizaciones mencionadas se condene el pago de perjuicios en forma complementaria”.

El artículo 2° hace referencia a los derechos protegidos así: “De conformidad con el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela, protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales, y por lo tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal ni para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquiera otra norma de rango inferior”, y el artículo 4° dijo así sobre los principios para la interpretación del procedimiento del Decreto 2591 de 1991. “Artículo 4°: De los principios aplicables para interpretar el procedimiento previsto por el Decreto 2591 de 1991. Para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho decreto.

Es importante aclarar que el Decreto 306 de 1992 no ha tenido mucha aplicación, porque en el sentir de muchos jueces de tutela, el Presidente de la República no puede ordenarle a los jueces como deben interpretar la ley.

## La acción de tutela y la salud en conexión con la vida digna

En la práctica médica la mayoría de los dictámenes solicitados tiene que ver con la salud física, y sólo por excepción con aspectos psiquiátricos. Para el año de 1998 a la sede Regional del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Medellín se recibieron 871 solicitudes de dictámenes para resolver situaciones de amenazas al derecho de la salud. En enero de 1999 las solicitudes han sido 257, muchas contra el ISS.

La revisión de las solicitudes de tutela que hacen los señores jueces, y también las respuestas que muchas veces se han dado han sido ambiguas.

Definitivamente una respuesta acertada, sobre todo en el campo científico, depende de lo adecuada y precisa que sea la pregunta.

Los señores jueces de tutela en su oficio petitorio, hacen preguntas muy amplias: tales como certifique sobre el estado de salud; diga que quebrantos padece y cual es su gravedad; cual es la etiopatogenia de determinada enfermedad; cuales son las secuelas y gravedad del estado de salud; cual es el tratamiento médico urgente; cual es la etiología.

En muchas oportunidades la petición de examen no se acompaña de la historia clínica de la persona a examinar, y en otras también numerosas, sobra el dictamen medicolegal, porque existe una constancia de un staff de médicos especialistas en las que unánimemente señalan la gravedad de la enfermedad, constituyéndose ese concepto escrito en un documento con un valor probatorio; enviar ese paciente con ese concepto para que los médicos legistas hagan un aval de esa certificación escrita en la historia clínica va en contra de la economía del tiempo en un proceso que ya de por sí tiene muy exiguos días para resolver a producir una prueba ya existente.

Ante cuestionarios ambiguos, las respuestas médicas a términos generales han sido también amplias: el médico que le hace un examen general, luego de mencionar la solicitud judicial, o sea el motivo del dictamen, y referirse a la enfermedad producida para calificar muchas veces si ello co-

rresponde a una enfermedad grave que requiera tratamiento urgente.

Esa ambigüedad del juez en su cuestionario y a veces lo difuso de la respuesta médica, ha podido llevar en ocasiones a situaciones que no se acomodan a la interpretación de los que es una verdadera amenaza a la vida del paciente, o a lo que es un Perjuicio irremediable para la salud.

La Corte Constitucional, intérprete máximo de nuestra carta fundamental, se ha pronunciado en varias oportunidades sobre los derechos fundamentales de la vida y ha ampliado la simple interpretación del artículo de la Constitución que hace referencia al Derecho a la vida como un bien supremo.

Desde el punto de vista médico, el pronóstico de una dolencia que ponga en peligro la vida, no es en términos generales difícil de hacer y en realidad, las instituciones médicas pudiera decirse que siempre, prestan la atención médica del paciente en inminente peligro de muerte.

Pero existen otras muchas situaciones en las que en realidad puede haber un perjuicio irremediable, y otras en las que a pesar de existir alguna amenaza a la salud, ese perjuicio no es irremediable, y también hay situaciones en las que no existe ni amenaza a la vida, ni perjuicio irremediable.

Hemos visto situaciones en las que se solicitan exámenes sofisticados que no inciden ni en el diagnóstico, ni en el pronóstico, ni en el tratamiento, ni en la evolución de la enfermedad, pero que la persona a la que por alguna circunstancia se le pospone ese costoso y sofisticado examen, considera que se le ha vulnerado un principio fundamental, y ante la ambigua solicitud del juez y la también amplia respuesta del dictamen médico termina concediéndose el amparo de tutela en un desgaste del aparato judicial innecesario, y valga la verdad, aunque dolorosa, no siempre justo con la Institución que tiene que cumplir con la orden judicial.

Es por eso que es tan importante entender que es el perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional se ha referido en diferentes sentencias a lo que es perjuicio irremediable,

pero se han considerado como clásica la que se produjo por sentencia T 253 de 1994, con ponencia del Magistrado doctor Vladimiro Naranjo que dijo así:

“A. El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B. Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica como la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C. No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral

en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se nota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay posteridad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa como mecanismo transitorio.

El fundamento de la figura jurídica que ocupa la atención de esta sala es la inminencia de un daño o menoscabo grave, de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino una medidas precautelativas”.

Es entonces pertinente proponer que en aras del respeto de los Derechos Fundamentales y de que la Administración de justicia sea justa y pronta, que exista un procedimiento que le permita al juez de tutela indagar de una manera que la respuesta a su indagación le de los elementos de juicio para que su pronunciamiento sea acorde a la situación propuesta.

El juez de tutela, en caso de ser necesario, debería entonces remitir para dictamen médico la historia clínica y el paciente a examinar con un cuestionario que debe aclarar: 1. Definir, por parte del juez, ¿cual es la queja que amenaza el derecho fundamental?; 2. ¿El fundamento de la queja, por la acción, o la inacción pone en peligro la vida?, explicar por qué. 3. ¿Existe un perjuicio irremediable en la salud de la persona examinada por el motivo de la queja, en la que se prueba que la actuación médica o administrativa, o la falta de ella, lo llevan a esa situación?.

De otra parte, para el examen y el dictamen, el médico debe hacer constar, ante lo angustioso de los términos para la práctica de las pruebas, la fe-

cha y hora del recibo de la solicitud del examen médico, los documentos remitidos, la exploración médica del paciente, o el estudio de los documentos enviados. En su examen, en caso de que el paciente sea remitido, el enfoque principal deber ser a la dolencia, o actuación que se considera ha vulnerado la salud de esa persona de manera irremediable, para que de una manera clara y con fundamento en sus respuestas ilumine la decisión que ha de tomar el juez de tutela. En ese concepto médico es indispensable que los términos técnicos usados en la medicina, sean aclarados al juez en un lenguaje llano, que pueda entender quien tiene la delicada función de conceder o negar el amparo de la tutela solicitada.

## Bibliografía

1. Constitución Política de Colombia
2. República de Colombia. Decreto 2591 de 1991
3. República de Colombia. Decreto 306 de 1992
4. Resolución #001 de 1992 de el Defensor del Pueblo
5. **Naranjo M, Vladimiro.** Sentencia T.253/1994
6. **Naranjo M, Vladimiro.** Sentencia T.225/1993