
Derecho a la vida digna

El concepto jurídico del dolor desde el Derecho Constitucional¹

●
Gustavo Adolfo García Arango²
●

Recibido: julio 27 de 2007
Aprobado: septiembre 17 de 2007

"Sólo hay un dolor fácil de soportar, y es el dolor de los demás."

René Leriche. La Chirurgie de la Douleur

Resumen

El concepto jurídico del dolor desde el derecho constitucional ha sido abarcado en una sola perspectiva: el reconocimiento del derecho fundamental a la vida, en condiciones dignas. El derecho a la vida se ve afectado por conexidad: cuando el dolor no permite llevar una vida equilibrada en todos sus aspectos, permite la

-
- 1 Artículo resultado de la investigación "El Concepto Jurídico del Dolor", finalizada en 2006; aprobada y financiada por el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI-, de la Universidad de Antioquia. El autor, se desempeñó como investigador principal de dicha investigación.
 - 2 Filósofo Universidad Pontificia Bolivariana, abogado Universidad de Antioquia. Estudiante de Maestría en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Abogado Secretaría de Educación del Municipio de Medellín. Docente e investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, investigador del Grupo de investigaciones Derecho y Sociedad –Categoría A Colciencias-. Email: garcia.arango@yahoo.com. E-mail Grupo: vida@derecho.edu.co

protección constitucional a la vida. Se entiende que el cuerpo es el elemento central en una teoría sobre la vida digna; un cuerpo sufriente, enfermo es un cuerpo limitado y condicionado a muchas variables, incluso psicológicas. El derecho a la salud, el dolor y el derecho fundamental a la vida se encuentran; no tanto que las intervenciones quirúrgicas, el suministro de medicamentos, los tratamientos de todo tipo para paliar el dolor o cortarlo de raíz son la fuente de la cual se ha servido el Tribunal Constitucional Colombiano para tocar el tema del dolor, que también ha abarcado desde la violencia intrafamiliar, el castigo a los menores, el manejo del dolor por parte de los medios de comunicación, la eutanasia y la distanasia.

Palabras clave

Dolor, derecho constitucional, calidad de vida, bioética, bioderecho, salud, eutanasia, distanasia.

THE RIGHT TO A DIGNIFIED LIFE

Juridical concept of pain according to constitutional Law

Abstract

Juridical concept of pain according to constitutional law has been described in only one perspective: acknowledgement of the basic right to live in dignified conditions. The right to life has been affected by incidental questions: when pain does not allow having a balanced life in all aspects, it allows constitutional protection to life. It is understood that body is a fundamental element in a theory on a dignified life; a body under suffering and sick is a body limited and conditioned to aspects such as psychological ones. The right to health, pain, and basic right to life are related, while surgical procedures, supply of medications, all kind of treatments to relief pain or to totally get rid of it have been the reasons why Colombian Constitutional Court has talked about pain, a topic which has involved family violence, punishment to children, pain management by communication media, euthanasia, and disthanasia.

key words

Pain, constitutional right, quality of living, bio-ethics, bio-law, health, euthanasia, disthanasia.

INTRODUCCIÓN

El dolor es una constante permanente en la historia del hombre y los animales. Por su connotación fuertemente negativa ha concentrado más atención por parte de los hombres y de las culturas y esto ha hecho que se haya abarcado el tema desde diferentes saberes. Pero, indiscutiblemente, la ciencia ha generado toda una revolución global del pensamiento, sea de forma pasiva o activa, positiva o negativa. La vida, el nacer y el morir han tenido cambios en su percepción desde todos los aspectos a raíz de los descubrimientos y avances científicos, generando un cambio cultural integral y global, del cual el derecho no ha escapado. Además, los avances en materia de vida han promovido o han estado acompañados de dos factores determinantes en la dirección de estos procesos: una nueva revaloración del cuerpo humano y la cultura de los derechos humanos que traen de manera intrínseca el concepto de dignidad humana. Sobre estos pilares, entre otros, se gestan los saberes bioéticos y biojurídicos desde los cuales la dignidad y la calidad de vida se conforman como los ejes centrales de todo un trabajo discursivo y práctico.

Bajo este panorama, el dolor, el sufrimiento, el malestar es asumido por los saberes bioéticos y biojurídicos, ya mencionados, al abordar temas como la eutanasia, la eugenesia, la tortura, el principio de no maleficencia, entre otros. El dolor asume una preponderancia investigativa en la medida que éste altera las condiciones de vida digna, de calidad de vida. Pero desde el saber jurídico no se había investigado ni se había realizado ninguna reflexión crítica ni metódica respecto del dolor, sólo pronunciamientos aislados, pero nunca concentrados en una teoría jurídica del dolor, como lo arrojó un rastreo con más de treinta palabras y frases clave en Internet y

bibliotecas. De aquí surgió la curiosidad y con ella la necesidad de hacer un alto en el camino y desde una mirada biojurídica observar todo el panorama general del sistema normativo, partiendo de la pregunta: ¿Cómo es abordado el dolor desde el derecho colombiano?

La metodología que se siguió fue básicamente cualitativa, basada en fuentes bibliográficas de contenido jurídico, especialmente normas y jurisprudencia colombiana. Así, la primera fase consistió en la búsqueda de la bibliografía general en entidades jurídicas que se clasificaron inicialmente de la siguiente manera: Congreso Nacional, Presidencia de la República y entes administrativos, Altas Cortes (Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia). Posteriormente la clasificación bibliográfica se hizo de acuerdo con las tres ramas estatales: judicial, ejecutivo y legislativo. Luego, con la normativa y la jurisprudencia compilada, y los textos seleccionados se evidenció que todo ello podía ser agrupado en tres áreas del derecho: administrativo, penal y constitucional. Se realizó una agrupación general de ideas por áreas y posteriormente se ubicó cada texto normativo y legislativo en cada una de ellas sobre las cuales se desarrolló la tercera fase, en la que se procedió a cruzar la información orientando el análisis a la consecución de los objetivos. En este artículo se presenta la producción lograda en esta investigación en el área constitucional.

1. QUÉ SE ENTIENDE POR DOLOR

Encontrar una definición amplia de dolor no es fácil, y más cuando predominan las definiciones clínicas, que para el caso de la presente investigación sólo darían razón de un aspecto del dolor como es el médico, obviando otras áreas de interés para el derecho.

[L]a definición de dolor debe estar ubicada entre lo sensorial, lo afectivo y lo cognoscitivo (...) Vasudevan afirma que el dolor es un fenómeno complejo que involucra una interacción entre los factores bioquímicos, los fisiológicos, los conductuales y los cognoscitivos, influenciados por los factores socioeconómicos, el sistema de creencias, la dinámica familiar, la habilidad de interrelación y los mecanismos de compensación. Por lo tanto, los investigadores y los profesionales de la salud deben basar sus conclusiones en los eventos que representen las diferentes dimensiones de la experiencia dolorosa. En este sentido, la Asociación Internacional para el Estudio de Dolor define el dolor como una experiencia sensorial y emocional no placentera asociada con daño tisular (de los tejidos) real o potencial o descrito en términos de tal daño³.

Así las cosas, el dolor contendría en su integridad tres aspectos (sensorial, afectivo y cognoscitivo). Partiendo de lo anterior y teniendo el precedente de que el ser humano es una "trinidad", única e integral conformada por cuerpo, mente y espíritu, el dolor es clasificado en tres: dolor psíquico, dolor espiritual y dolor físico. El dolor psíquico "es el afecto determinado de una lesión del vínculo con el otro resulta del arrancamiento, desprendimiento brutal y sorpresivo del objeto amoroso otorgándole

carácter traumático. Ya Oreíd lo señalaba como efecto de una herida que a la manera de hemorragia no encuentra ligadura que cicatrice en representación; esto es, una imagen representante que coagule la eficacia del significante"⁴. A diferencia del dolor físico, el psicológico se produce sin daño de ningún tejido, no tiene su raíz en la carne sino en los vínculos entre lo que es amado y quien ama, en el espacio de lo inmaterial, es la ruptura del vínculo entre quien ama y lo que es amando, creando una respuesta afectiva negativa generando vacío, ansiedad, angustia, depresión, distanciamiento.

El dolor espiritual es producido por las incomprensiones, las injusticias, la soledad, la depresión⁵, la decepción, sentimiento de culpa o impotencia, la frustración. De igual manera que el psicológico, es inmaterial, y de ahí la ambigüedad para su diferenciación.

El dolor espiritual es actualmente uno más de los dolores que el profesional sanitario tiene que considerar dentro de la atención al paciente en los Cuidados Paliativos (...) La aceptación y reconocimiento del espíritu, como parte integrante del ser humano, facilita la labor a la hora de apreciar la necesidad espiritual en cada individuo y, más raramente, del dolor espiritual cuando este ocurre. Como con el dolor físico, se procurará tratarlo, aliviarlo y posiblemente, eliminarlo en la medida de lo posible⁶.

3 GONZÁLEZ BLANCO, Olga y otros. Enfoque multidisciplinario en el estudio del dolor bucal persistente (en línea). Venezuela: Acta Odontológica Venezolana, 1999. Página web: www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S0001-63651999000300007&script=sci_arttext. [Consulta 16 de noviembre de 2006].

4 BARILARI, Marcela. La otra cara de la rabia (en línea). Argentina: Escuela Froidiana de Buenos Aires, 2003. Página web: www.efba.org/efbaonline/barilari-04.htm. [Consulta 27 de noviembre de 2004].

5 Cfr. SÁNCHEZ HERRERA, Beatriz. Abordajes teóricos para comprender el dolor humano (en línea). Colombia: Universidad Nacional de Colombia, 2002. Página web: www.virtual.unal.edu.co/cursos/enfermeria/2005415/lecciones/cap_1/abordaje.htm [Consulta 27 de noviembre de 2006].

6 GARCÍA-BAQUERO, Merino. Necesidades espirituales en el enfermo Terminal (en línea). España: Sociedad Española de Cuidados Paliativos. Página web: www.secpal.com/revista/resumen_ponencias/resumen_ponencias_52.htm. [Consulta 27 de noviembre de 2006].

La definición clásica del dolor físico es la ya citada por la Asociación Internacional del Estudio del Dolor como “*una experiencia sensorial y emocional desagradable con daño tisular actual o potencial o descrito en términos de dicho daño*”. Sin embargo, no deja de reconocerse que en el dolor siempre se ven comprometidos factores o variables fisiológicas, psicológicas, culturales y cognitivas.

En términos generales, el concepto jurídico del dolor desde el derecho constitucional ha sido abarcado en una sola perspectiva: el reconocimiento del derecho fundamental a la vida, en condiciones dignas. De aquí ha partido la Corte Constitucional para desarrollar sentencias interesantes en relación con el dolor, que giran, en su mayoría, alrededor del sistema de seguridad social en salud, comprometiendo la responsabilidad del Estado con la calidad de vida de los adoloridos. Y de igual manera, desde la vida en condiciones dignas, ha emitido la sentencia sobre eutanasia.

2. EL DERECHO A LA VIDA Y SUS CONEXOS

2.1. Calidad de vida

Cuando se habla de calidad de vida, no se está haciendo alusión a otra cosa que a condiciones que proporcionen felicidad, concepto éste demasiado amplio y subjetivo para entrar a discutir en un trabajo sobre derecho, porque se requeriría, además, acudir necesariamente a la filosofía, la sociología y la psicología. Sin embargo, teniendo presente que cada ser humano es el que determina para sí qué es lo que lo hace feliz en la vida, sí es aceptable que se establezcan unos límites mínimos comunes a todo ser humano, en los que pueda hablarse de vida en condiciones dignas y se establezcan bases sobre las cuales

El dolor espiritual es actualmente uno más de los dolores que el profesional sanitario tiene que considerar dentro de la atención al paciente en los Cuidados Paliativos

pueda desarrollarse una teoría sobre una vida de calidad. Es indiscutible que la alimentación, la salud, la autoestima, la familia, el respeto, la libertad y la seguridad son factores exigibles en todos los aspectos y culturas. El concepto de calidad de vida es un término, que como todos los valores, supone una visión multidimensional, esto es, una visión de todas las realidades y posibilidades que conforman la realización de dicho valor en la existencia concreta del ser humano. Para el caso de la calidad de vida, supone elementos de tipo material, pero también social o cultural y psicológico. Y puede decirse que implica todas las facetas del ser humano, que no es una, sino que por el contrario implica cientos de formas, variaciones y posibilidades.

El dolor no ha escapado de la mirada constitucional en relación con la vida en condiciones dignas. La Corte Constitucional, en docenas de sentencias ha sido insistente en afirmar que el derecho constitucional a la vida no significa “existir de cualquier manera” (T-654 de 1999), “*que se mantenga vivo de cualquier manera*” (T-860 de 1999), porque desde una mirada de derecho humanista, no puede pensarse que vivir es sólo estar arrojado al mundo en cualquier condición, porque la sola condición de existencia, de permanencia en el mundo no define lo que es la vida, al menos no la del ser humano. Vida, desde el derecho constitucional, implica vivir en condiciones dignas.

Y desde la idea de la vida en condiciones dignas, la Corte Constitucional ha tocado el tema del dolor, en no pocas veces, pero sin

entrar a definirlo. Por ejemplo, en la sentencia T-499 de 1992⁷, establece que mantener a una persona expuesta a dolencias permanentes que pueden ser evitadas constituye un trato cruel e inhumano que impide llevar una vida digna⁸. En esta y otras sentencias, partiendo del sentido mismo de vida digna, el Tribunal Constitucional genera una sensibilidad especial hacia el sufrimiento y la condición del ser humano sufriente.

Desde la calidad de vida, varios elementos surgen a partir de las sentencias:

2.1.1. A la vida no sólo la amenaza la muerte

Sino todas aquellas circunstancias en las cuales el sujeto no puede llevar una vida digna. Se entiende que no sólo las actuaciones u omisiones que conducen a extinguir la persona (la muerte) atentan contra el derecho fundamental a la vida, sino todas aquellas situaciones que hacen del vivir, del estar en el mundo, algo insoportable, invivible, indeseable. Como por ejemplo la indigencia, una enfermedad, el rechazo, vivir alejado de la familia en un lugar extraño, estar privado de la libertad, padecer hambre.

2.1.2. Vida normal en todos los aspectos

Calidad de vida implica las condiciones para llevar una vida normal en todos los aspectos, esto es, vida íntima, familiar y laboral. Cuando el dolor no permite llevar una vida equilibrada en todos sus aspectos,⁹ permite la protección constitucional a la vida.

2.1.3. Condición para desarrollar las potencialidades

El dolor posee una connotación ontológica, desde la calidad de vida. La persona posee en su naturaleza humana, la capacidad para desarrollar a niveles sorprendentes sus múltiples dimensiones: espiritual (moral, estética, trascendental), intelectual, comunicativa, afectiva, corporal, social; cuando el individuo tiene todas las condiciones para desarrollar las potencialidades que posee, es cuando puede encaminarse a su plenitud como individuo. Sin embargo, el dolor evita, o al menos dificulta, que el sujeto pueda desplegar todas sus facultades. Así lo evidenció la Corte: *"El dolor o cualquier otro malestar que le impida al individuo desplegar todas las facultades de que ha sido dotado para desarrollarse normalmente en sociedad, ha dicho*

7 El caso de una persona afectada por una lesión en la columna vertebral que requería de una intervención quirúrgica que no había sido practicada a pesar de haber sido prescrita hacía más de seis meses. La paciente era aquejada por un dolor de tal magnitud que, incluso, le impedía subir y bajar escaleras.

8 Este precedente ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias T-322 de 1997 (cirugía de reemplazos articulares en ambas rodillas para enfrentar una artritis aguda), T-654 de 1999 (una vida dolorosa atenta contra el derecho a la vida), T-936-99 19-11-99 Carlos Gaviria Díaz, Sentencia T-229 de 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo, T-1384 de 2000 (cirugía para el tratamiento de una hernia discal), T-579 de 2000 (cirugía para enfrentar calcificaciones que generaban mucho dolor e impedimentos para mover el brazo), T-910 de 2000 (intervención quirúrgica para tratar una fractura facial que produce intenso dolor en el rostro), T-494 de 2001 (cirugía para resolver un cálculo de colesterol), T-536 de 2001 (cirugía para el tratamiento de cólicos que generaban calambres e imposibilidad de trabajar), T-791 de 2001 (cirugía de columna y dolor para trabajar) y T-855 de 2002 (cirugía para tratar la incontinencia mixta que genera gran dolor, imposibilidad de transporte en vehículos debido al dolor).

9 Cfr. Sentencia T-654 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

la Corte, aunque no traigan necesariamente su muerte, no solamente amenazan, sino que rompen efectivamente la garantía constitucional señalada, en tanto que hacen indigna su existencia”¹⁰.

De esto se deriva que el dolor, como experiencia personal, puede llegar a inmovilizar una historia de vida, al impedirle desplegar las facultades con las que ha sido dotado para desarrollarse en sociedad: el cuerpo, la presencia, el afecto, caminar, sonreír, conversar, desplazarse, superarse y ponerse metas. El dolor puede limitar la capacidad del hombre para reír, hacer teatro, política, para conocer, para sentir de muchas otras maneras, querer, crecer, reproducirse, hacer su voluntad, desarrollar su inteligencia, conocer lo otro, los otros, el Otro (trascendencia) y a sí mismo; para desarrollar en toda su plenitud las relaciones con los demás, pero un cuerpo se ve limitado por el dolor, aunque éste puede abrirle otras posibilidades o potenciarlas (como el autoconocimiento y el conocimiento de Dios).

2.2. Libre desarrollo de la personalidad.

Como ya se abarcó arriba, el ser humano posee múltiples dimensiones, y el desarrollo de ellas también depende de la voluntad y la dirección que el mismo individuo pretende darles, de acuerdo con su visión de la vida y sus propias convicciones.

Durante la lectura de las sentencias, se encontró en el salvamento de voto de la Sentencia C-221 de 1994, un texto de Erich Fromm citado por los magistrados que se apartaron de la mayoría, sobre el masoquismo. Dicho pasaje encierra el tema del desarrollo de la personalidad y el dolor, desde una perspectiva psicológica. En esta sentencia, el

libre desarrollo de la personalidad fue el eje de la discusión sin ninguna referencia importante al dolor. Sin embargo, se trae a colación en vista de que fue pieza de argumentación en una sentencia de constitucionalidad y ofrece una perspectiva distinta a la que se ha venido manejando desde ésta área.

En la sentencia citada se determina que el libre desarrollo de la personalidad deriva de la autonomía que posee la propia persona para dotar de sentido su existencia, su vida y el rumbo que desea darle a ella. Y ésta autonomía, en concordancia con el espíritu de la Constitución, no puede limitarse sino en la medida que entra en conflicto con la autonomía de otros sujetos.

Una de las consecuencias que se derivan del respeto a la autonomía y al libre desarrollo del sujeto consiste en la libertad que posee el individuo para decidir sobre los asuntos que sólo a él le corresponden, por lo que, de no respetarlo, este sujeto se vería reducido a la condición de objeto por parte de quienes le imponen sus propios objetivos o fines. Y cuando el Estado reconoce la autonomía de la persona, lo que hace no es otra cosa que reconocer al individuo como sujeto ético, esto es, que tiene la facultad para decidir qué es bueno o malo para sí, para su vida, siempre y cuando no interfiera con la autonomía de las otras personas. Aplicado lo anterior al tema de esta investigación, se deduciría que si el sujeto encuentra felicidad en el dolor, mientras no vulnere derechos ajenos, es libre de hacerlo. En contraposición a la anterior premisa, los magistrados que salvaron el voto en la sentencia de referencia expresaron, con Locke, que la libertad no debe ser entendida para hacer lo que le plazca al hombre, sino que debe entenderse como libertad para hacer todo

10 Corte Constitucional, Sentencia T-860 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

aquello que le hace bien, por lo que no puede conciliarse un ideal de autonomía que lleva consigo la facultad de destruir al hombre como individuo o como colectivo y que niegue, por tanto, los valores humanos, como el de la vida. Para soportar lo anterior, citan a Fromm:

Muchos psicólogos han supuesto que la experiencia del placer y el rechazo del dolor representan el único principio legítimo que guía la acción humana: pero la psicología dinámica puede demostrar que la experiencia subjetiva del placer no constituye un criterio suficiente para valorar, en función de la felicidad humana, ciertas formas de conducta. Un ejemplo de esto es el fenómeno masoquista. Su análisis muestra que la sensación de placer puede ser el resultado de una perversión patológica, y también que representa una prueba tan poco decisiva con respecto al significado objetivo de la experiencia, como el gusto dulce de un veneno para su efecto sobre el organismo. Llegamos así a definir como ideal verdadero todo propósito que favorezca el desarrollo, la libertad y la felicidad del yo, considerándose, en cambio, ficticios aquellos fines compulsivos e irracionales que, si bien subjetivamente representan experiencias atractivas, en realidad resultan perjudiciales para la vida¹¹.

En un ejemplo claro, sobre lo que no es el libre desarrollo, desde la perspectiva de los magistrados apartados, el dolor, desde la perspectiva masoquista del placer, no se constituiría en una conducta aceptable para buscar la felicidad en la medida, que no favorece el desarrollo de la persona y resulta perjudicial para la vida.

Al respecto, la discusión, no acabada, queda al menos planteada y abierta a la argumentación, porque bien reflejado queda en la misma Corte el enfrentamiento de las ideas, toda vez que cinco definieron la sentencia en cuestión y cuatro salvaron el voto.

2.3. La integridad física y psíquica

Un aspecto esencial dentro del tema del derecho a la vida, vida digna y calidad de vida, es el equilibrio armónico entre el cuerpo y la mente, el bienestar físico y psíquico. Como ya se ha establecido, al hablar de dolor, necesariamente hay que hacer una referencia al ser humano en su integridad y en su primerísima dimensión: la corporal. La Corte Constitucional no ha sido ajena a esto, y al abarcar desde la Constitución Política el tema del dolor, se encuentra directamente referida al cuerpo (el dolor de columna, de mandíbula, el dolor del brazo, de cabeza, de rodillas, hernias, artritis); y al alma, a la psique:

Una lesión que ocasiona dolor a la persona y que puede ser conjurada mediante una intervención quirúrgica se constituye en una forma de trato cruel (CP art. 12) cuando, verificada su existencia, se omite el tratamiento para su curación. El dolor intenso reduce las capacidades de la persona, impide su libre desarrollo y afecta su integridad física y psíquica. La autoridad competente que se niega, sin justificación suficiente, a tomar las medidas necesarias para evitarlo, omite sus deberes, desconoce el principio de la dignidad humana y vulnera los derechos a la salud y la integridad física, psíquica y moral de la persona¹².

11 FROMM, Erich. Citado en: Salvamento de voto, Sentencia C-221 de 1994.

12 Sentencia T-499 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La integridad psicológica hace referencia al equilibrio mental, a que se respete del individuo su autoestima, su forma de pensar, su forma de expresarse, su forma de vestir, la forma de expresar su sexualidad, el desarrollo de las facultades intelectuales. Un cuerpo equilibrado es parte de la calidad de vida, incluso, frente a las relaciones interpersonales: «Cabe agregar que, además del dolor físico que puede sufrir el menor por la pérdida de su ojo, se encuentra el psicológico, generado por el entorno social que lo rodea, lo que justifica el amparo constitucional demandado por vía de tutela.»¹³ El dolor psicológico también debe ser contrarrestado, y en esta dirección, va orientado a la aceptación social y a la relación que debe existir entre el afectado y las personas que lo aman.

2.4. Derecho a la salud

Éste ha sido el derecho sobre el cual ha partido la Corte en una enorme mayoría de sentencias. Las intervenciones quirúrgicas, el suministro de medicamentos, los tratamientos de todo tipo para paliar el dolor o cortarlo de raíz son la fuente de la cual se ha servido el Tribunal Constitucional colombiano para hacer referencia al derecho a la vida y al dolor.

Por eso, no puede dejarse pasar por alto el estrecho vínculo que existe entre el dolor, la salud y la atención médica en las sentencias constitucionales. La Corte ha insistido que el derecho a la vida riñe con la situación de dolor, porque contra ella atentan no sólo las circunstancias que amenazan con la muerte, sino todas aquellas que incomodan la existencia

Una lesión que ocasiona dolor a la persona y que puede ser conjurada mediante una intervención quirúrgica se constituye en una forma de trato cruel

hasta el punto de hacerla insoportable, como el dolor. Y cuando éste se presenta bajo esas condiciones es un deber constitucional evitarlo o suprimirlo¹⁴, máxime, bajo los principios básicos de un Estado social de derecho.

En sentencia T-433 de 1994¹⁵, en un fallo sobre un retraso para efectuar una operación, expresó la Corte que si una persona padece dolores que le causan sufrimiento y, más, no permite su recuperación, la intervención médica debe ser realizada “dentro de un término científicamente admisible y humanamente soportable” para evitar que se llegue a nuevos factores de malestar o de agravamiento de los dolores que ya padece la persona. Esto, persiguiendo el derecho constitucional a la salud, que ya se ve deteriorada por los dolores mismos, y por un injustificado retraso en la intervención quirúrgica. Así, al intervenir la fuente del dolor buscando eliminarlo o disminuirlo a niveles cotidianamente soportables, se busca mejorar la calidad de vida.

Y en la sentencia SU 480 de 1997¹⁶, la Corte indicó, respecto de la salud y el derecho a la vida en condiciones dignas, que curar no es únicamente derrotar la enfermedad; por

13 Sentencia T-796 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.

14 Sentencia T-444 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-283-98 M. P. Fabio Morón; T-936 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz

15 M. P. Fabio Morón Díaz.

16 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

curar también debe entenderse el alivio de la enfermedad, el mitigar el dolor y, en todo caso, aumentar las expectativas de vida de la persona enferma, la cual no tiene que verse abandonada a la fatalidad, sino que, por el contrario, tiene el derecho a guardar la esperanza de una recuperación, *"porque la vida es un acontecer dinámico, para disfrutarla de principio a fin; de manera que el hombre tiene derecho a que se la respeten las fases que le resten para completar su ciclo vital."*

3. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Si bien, el tema de la violencia intrafamiliar es, actualmente, tema del derecho penal¹⁷, los contenidos jurídicos sobre el dolor son más amplios y relevantes desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En palabras descriptivas de la misma Corte, por violencia intrafamiliar se entiende lo siguiente:

Puede entenderse todo daño o maltrato físico, psíquico o sexual, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión, producida entre miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, padre o madre, aunque no convivan bajo el mismo techo, ascendientes o descendientes de éstos incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica¹⁸.

Bajo una visión de conjunto, la violencia en el interior de la familia desde la jurisprudencia abarca dos situaciones concretas respecto del dolor: el maltrato a la mujer y los castigos a los menores.

3.1. Violencia contra la mujer

En la sentencia C-408 de 1996¹⁹ se hace una discusión clara y concreta sobre la violencia contra la mujer empezando por el abuso, la marginalidad, la estigmatización y la agresión a la que se ven sometidas las mujeres que se ven obligadas a ejercer la prostitución por las condiciones sociales, familiares o personales. Pero en dicha sentencia, se hace un énfasis especial en una violencia, catalogada de silenciosa y oculta: la del ámbito doméstico y las relaciones de pareja, *"que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles, prohibidos por la Constitución (CP arts. 12, y 42) y por el derecho internacional de los derechos humanos"*.

Las cifras reales no son alentadoras y por el contrario son preocupantes²⁰. Las circunstancias de dolor físico al que se ven sometidas las mujeres por parte de sus esposos o compañeros no son pocas: van desde mordeduras, golpes con la mano o con objetos duros, patadas, quemaduras y sus respectivas consecuencias como huesos rotos, moretones, dolores permanentes, pérdida de órganos o sus funciones y una enorme variedad de efectos psicológicos.

17 Estipula el artículo 229, Ley 599 de 2000, Código Penal: *"El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión...."*

18 Sentencia C-059 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández

19 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Cfr. Además, la Sentencia C-674 de 2005. M. P. Rodrigo escobar Gil.

20 Véase: PROFAMILIA. Violencia contra las mujeres y los niños: violencia física (en línea). Bogotá: Profamilia, 2005. En: www.profamilia.org.co/encuestas/02consulta/13violencia/02fisica.htm. (Consulta 17 de marzo de 2006).

Teniendo en cuenta que la familia es una institución jurídica y social de primerísima atención²¹, el dolor producido en su interior trae connotaciones especiales. La producción de dolor en el interior las familias tiene una naturaleza distinta en cuanto se presenta entre familiares, es decir, entre personas que deberían gozar de especial afecto y protección, pero que por el contrario, terminan favoreciendo un "fenómeno silencioso, tolerado, e incluso, a veces, tácitamente legitimado" en palabras de la Corte. Este órgano judicial ha establecido que los tratos crueles o que generen dolor tanto corporal como espiritual atentan directamente contra la dignidad humana impidiendo su íntegra realización como persona.

3.2. Violencia contra menores

Los menores son la población más vulnerable a todo tipo de injusticias por su fragilidad física y psicológica. Como los primeros años de la vida son de formación, las familias son el espacio donde se suplente esa necesidad. Y la sanción es el método educativo de mayor aplicación a todos los niveles sociales, empezando en la familia y terminando en la sociedad misma. Dada la facilidad con que la sanción pasa a ser una agresión, la Corte Constitucional ha insistido que de "las sanciones que apliquen los padres y las personas encargadas del cuidado personal de los hijos estará excluida toda forma de violencia física o moral, de conformidad con

lo dispuesto en los artículos 12, 42 y 44 de la Constitución Política»²².

La Corte, en un intento por hacer una pedagogía de la corrección excluyente del dolor, expresa en la sentencia anteriormente citada:

*Para reprender al niño no es necesario causarle daño en su cuerpo o en su alma. Es suficiente muchas veces asumir frente a él una actitud severa despojada de violencia; reconvenirlo con prudente energía; privarlo temporalmente de cierta diversión; abstenerse de otorgarle determinado premio o distinción; hacerle ver los efectos negativos de la falta cometida. **La eficacia de la sanción no estriba en la mayor intensidad del dolor que pueda causar sino en la inteligencia y en la firmeza con que se aplique, así como en la certidumbre que ofrezca sobre la real transmisión del mensaje implícito en la reprobación. En tal sentido, no se trata de ocasionar sufrimiento o de sacrificar al sujeto pasivo de la sanción sino de reconvenirlo civilizadamente en aras de la adecuación de sus posteriores respuestas a los estímulos educativos (subrayas fuera de texto).***

Además, reflexiona la Corte, que los castigos que causan dolor corporal o espiritual impiden el desarrollo de la persona en los menores de edad, en cuanto se ven afectados en su formación moral e intelectual, no sólo con el maltrato físico del que puedan ser

21 «La familia es anterior a la sociedad y al Estado, entidades que están instituidas en primer lugar para servir al bienestar de la familia, del cual dependen las condiciones de la sociedad y del Estado. Nadie puede reemplazar a los padres en el cumplimiento del primer deber ante los hijos, deber que dicta antes el amor que la obligación. Pero a la sociedad y al Estado les competen deberes no menos sagrados, como son velar por la integridad de la familia, tutelar a los padres en el cumplimiento de sus obligaciones y cooperar con la familia en la supervivencia y formación primera de la infancia. Expresamente el constituyente de 1.991, consagró el derecho que le asiste a toda persona a tener una familia y la protección constitucional que ésta merece como núcleo esencial de la sociedad. Especial énfasis se da a la necesidad de mantener la armonía y la unidad familiar, fundamento de la convivencia social y de la paz.» Sentencia T-278 de 1994.

22 Sentencia C-371 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández. Negrilla fuera de texto.

víctimas, sino, además, al observar la conducta arbitraria y abusiva del padre contra la madre²³.

4. LA COSTUMBRE Y LA INERCIA ANTE EL DOLOR

Un hermoso tema dentro del estudio del concepto jurídico del dolor, y que sólo se desarrolla desde el seno de la Corte Constitucional, es el de la inercia ante el dolor. Para muchas personas y en muchas circunstancias, el sufrimiento, el dolor, puede llegar a ser una vivencia tan cotidiana que se vuelve costumbre, una rutina, es decir, algo mecánico, inconsciente, automático, indiferente. Este es un comportamiento o una actitud que fácilmente se encuentra en clínicas y hospitales, en el ejército o instituciones de fuerzas armadas en general. Pero es más frecuente en el personal de salud²⁴.

De esta manera, el sujeto activo en una relación de dolor, como es el personal de salud, se ve sometido a una rutina triste y limitante, donde el sufrimiento pasa de ser una drama a un elemento dentro del diario laborar, y más, dentro del diario vivir, asumiendo una actitud de inercia, de apatía, de indiferencia ante el dolor ajeno. Esta inercia puede tener dos causas: por la impotencia o por la falta de conciencia y diligencia. En el primer caso, el personal de salud se ve enfrentado a la impotencia, bien porque la persona que sufre

lo hace ya de manera inevitable y abocada a la muerte, bien por la imposibilidad física y de recursos para enfrentar médicamente el dolor. En el segundo caso, es el personal administrativo o el personal encargado del contacto directo con el individuo que sufre el que asume una actitud negligente frente al dolor humano. La Corte señaló que *"la injustificada inercia ante el dolor puede implicar la violación de derechos fundamentales"* (T-119-00).

Desde la lectura de las sentencias de la Corte Constitucional sobre el dolor y la actitud de las personas a cargo de las instituciones de salud respecto del dolor, se evidenciaron en dicha lectura tres niveles de atención para salud, referidos al tema del dolor. Son ellos: la atención del dolor a través de cirugías, los tratamientos y los medicamentos.

4.1. Ante cirugías

Desde la sentencia T-489 de 1998, la Corte expresó que la acción de tutela es procedente para solicitar cirugías, cuando el demandante no se encuentre en peligro de muerte, porque el derecho a la vida, como ya se dijo, no sólo es el derecho a conservarla de cualquier forma, sino también a vivir pero en condiciones dignas, es decir, a vivir en *"un estado lo más lejano posible del sufrimiento"*, en donde el individuo pueda desempeñarse normalmente dentro de la sociedad. Esto debe ser así, porque atenta contra el principio de la dignidad humana dejar esperando a una persona en medio de dolores hasta que se encuentre al borde de la muerte

23 Sentencia T-382 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara.

24 Situación evidente en Colombia, dadas las condiciones materiales que vive el país en ésta área, donde los centros de salud, clínicas y hospitales estatales no poseen los recursos suficientes para pago de personal, instrumentos, camillas, medicamentos, habitaciones entre otras necesidades, además de la sobredemanda de servicios en salud. Estos factores y otros han generado una actitud pasiva por parte de los responsables de la salud. De acuerdo al último informe publicado por la Organización Panamericana de la Salud en Colombia, existen en el país menos de 10 médicos por cada 10.000 habitantes. Cfr. www.col.ops-oms.org.

para proceder a intervenirla. De aquí se extrae la primera posición de inercia ante el dolor, cuando hay una actitud preferencial de las condiciones materiales sobre la persona y su dolor²⁵. En conclusión, cuando una cirugía mitigaría o eliminaría un dolor debe proceder a hacerse, aun cuando la vida no se encuentre al borde de la extinción, puesto que el principio de dignidad humana se vería vulnerado de no hacerse.

4.2. Tratamientos

En contraposición, ante la Corte llegaron, bajo revisión de tutelas, casos de personas a las que se les negaba la posibilidad de un tratamiento para una dolencia particular como quimioterapias. Para estos casos, el juez constitucional estimó que la negación de prestar este tipo de tratamientos no sólo amenazaba el derecho a la vida en cuanto existencia, sino que además debía entenderse como amenaza a esa existencia en condiciones

dignas, que para los casos significaba reducir al máximo las molestias, las incomodidades, pero *"sobre todo, las dolencias que hagan insostenible vivir, pues el tiempo que se demore en llegar al muerte, faltando el tratamiento señalado, implica agudización de dolores y sufrimientos muy superiores a aquellos que soporta otro enfermo"* sometido a tratamientos²⁶.

Sin embargo, la Corte también ha establecido que la persona es libre de aceptar o no los tratamientos ofrecidos por los médicos. Se lee en la sentencia T-401 de 1994: *"Todo paciente tiene derecho a rehusar la aplicación de un determinado tratamiento sobre su cuerpo."* Lo anterior, con base en que la persona tiene la libertad de tomar en sus manos su propia existencia, presente y futura, porque es el mismo individuo quien le da sentido a su vivir. Esto, enmarcado dentro de la figura del consentimiento informado²⁷ y la autonomía personal. De manera que, si una persona padece intensos dolores que podrían ser

25 El caso es concreto e ilumina bien la cuestión: *"En el caso sujeto a revisión, no solamente es claro que el demandante está sometido a un sufrimiento que incomoda su existencia, consistente en el dolor que la enfermedad le produce en su rodilla derecha, sino también que es un estado de sufrimiento superable con la cirugía que se ha prolongado injusta e innecesariamente desde el 4 de diciembre de 1997, fecha en que fue recomendada por el médico tratante, por una causa ajena a la responsabilidad y posibilidad de acción del demandante. Es precisamente esta circunstancia la que hace indigna su existencia: el saber que su dolor es superable y, sin embargo, no ha sido dejado atrás por circunstancias imputables única y exclusivamente a las partes del contrato celebrado entre La Previsora y Masalud S.A. que, hasta la fecha de esta providencia y con el beneplácito de los jueces de instancia -quienes afirmaron que si el demandante aguantó un año de dolor puede seguir soportándolo-, significó la prevalencia de derechos puramente patrimoniales por sobre otros inherentes a la persona humana"*. Negrillas no son originales del texto. Véase además la Sentencia T-603 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo, sobre calificación de peritos para autorizar cirugía o no, cuando se presentan dolores que suponen una existencia indigna.

26 Véase Corte Constitucional, Sentencias T-283-98, M.P. Fabio Morón.

27 *"La bioética constata un acuerdo sobre algunos puntos esenciales relativos al tratamiento y al ejercicio médico. En cuanto a lo primero, se considera que 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 rehusa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación."* Sentencia T-401 de 1994.

paliados mediante cierto tipo de tratamientos, pero ésta no desea someterse a ellos de manera libre, consciente, voluntaria, está en todo su derecho constitucional a no ser tratada²⁸.

4.3. Medicamentos

El medio más común para combatir el dolor son los medicamentos que, junto con las cirugías y los tratamientos, se convierten en los medios más recurridos, por vía de tutela, para vivir en condiciones dignas.

Sobre el tema de los medicamentos para mitigar o eliminar el dolor, ha dicho la Corte²⁹ que el suministro de medicamentos para el cuidado de la salud debe ser oportuno, con mayor razón cuando la persona sufre dolores intensos, casos en los cuales la atención debe ser inmediata. Las instituciones y más que ellas, el personal que les representa y dirige, ha presentado todo tipo de limitantes para el suministro de medicamentos que van desde la inexistencia de la droga en el país, costos de importación, hasta los costos del suministro completo, regulaciones especiales sobre medicinas autorizadas para cierto tipo de enfermedades, el POS, entre otros.

Un caso concreto ilustrativo es el de los medicamentos para los presos. Al respecto dijo la Corte:

Los medicamentos y aun los calmantes adquieren en la cárcel un valor excepcional, que quizá no tengan en sitios y circunstancias diferentes. Se convierten en elementos esenciales de primer orden para

sostener en los presos un nivel de vida acorde con su condición humana. Si no hay posibilidad cierta de obtener las drogas recetadas, bien por carencia absoluta o por negligencia del personal encargado de conseguirlas y tenerlas a disposición de los internos, de nada sirve la atención médica, general o especializada, que se les brinde, por muy frecuente y regular que sea, pues la necesidad de alivio se verá en todo caso frustrada. La carencia de medicamentos constituye, entonces, evidente forma de vulneración de derechos fundamentales y el Estado es responsable por ella³⁰.

5. EL MANEJO DEL DOLOR POR PARTE DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La Constitución Política, dentro del derecho fundamental a la libertad, consagra la libertad de informar y la de fundar medios masivos de comunicación (artículo 20 CP.) Pero si bien la Constitución Política les rodea de privilegios para el ejercicio libre del manejo de la información, ninguno se escapa a la responsabilidad social que el manejo masivo de ésta implica, siendo fieles a la verdad (no información manipulada o fraudulenta), respetando los derechos de los demás entendidos como individuos, personas jurídicas o grupos (como calumnias y difamaciones) y conservando el orden público (buscando fines políticos o ambiciones personales).

28 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-559 de 1995, SU 337 de 1999 y T-823 de 2002.

29 Para ampliar el tema de los medicamentos y su pronto suministro, en relación con el dolor y la vida en condiciones dignas véase de la Corte Constitucional, las sentencias T-271 de 1995, T-387 de 1995, T-089 de 1996, SU 480 de 1997, T-283 de 1998 (se recomienda ésta sentencia si se desea ampliar el tema de los medicamentos y los limitantes normativos dentro del POS), T-535 de 1998, T-560 de 1998.

30 Sentencia T-607 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández.

La importancia de los medios de comunicación radica en el impacto que tienen en la sociedad, no sólo por la dirección que puedan dar a la opinión pública, sino por su influencia en las conductas sociales. Y por ello, el respeto a la dignidad humana. Como lo ha dicho la Corte³¹, la dignidad es el principio sobre el que se funda el Estado, a tal punto que su valor es absoluto y no permite que sea limitado de ninguna manera, incluso por ningún otro derecho. El mismo concepto de dignidad implica que el ser humano no puede ser visto ni tratado como un medio porque él es en sí mismo un fin. Su propia realización como persona, su vivencia en condiciones dignas, el respeto de su esencia exigen la garantía de su plena existencia.

En relación con los medios de comunicación, se entiende que el hombre, cada hombre, cada historia, cada vivencia, no puede ser tratada como un objeto para el aprovechamiento económico, para beneficio de nadie. Por eso, la sentencia T-479 de 1993 prescribe que cuando un medio de comunicación toma la tragedia, la miseria, la infelicidad, el dolor ajeno como un elemento comercial, mercantil estimulando la morbosidad colectiva, con la intención de incrementar audiencia (para radio y televisión) o circulación (para los medios impresos), está ofendiendo la dignidad de la persona humana al instrumentalizarla, al rebajarla a la categoría de objeto, al jugar con sus sentimientos, al ridiculizar o disminuir el valor del sufrimiento.

Los medicamentos y aun los calmantes adquieren en la cárcel un valor excepcional, que quizá no tengan en sitios y circunstancias diferentes.

Los medios de comunicación, dentro de la función social que deben cumplir, deben tener presente que no pueden vulnerar la dignidad humana, sino que, por el contrario, deben estar al servicio del crecimiento de la persona y el fortalecimiento de los valores sociales que generan bienestar; en consecuencia, deben evitar la promoción de aquello que produce dolor, así como aprovecharse de él.

6. EUTANASIA: LA MUERTE SIN DOLOR³²

6.1. Poner fin a intensos sufrimientos

Tal vez, desde el ámbito constitucional, el tema que hace mayor énfasis en el dolor es el de la eutanasia, cuestión que ha sido debatida a todos los niveles en todos los escenarios mundiales. La sentencia de la Corte Constitucional que abordó el tema fue la C-239 de 1997, de la cual fue ponente el Magistrado Carlos Gaviria Díaz. No sobra aclarar que la visión con la que se hará lectura de la sentencia no es otra que la razón de ser de esta investigación: el dolor y su apreciación jurídica.

31 Sentencia T-401 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

32 No sobra ilustrar el término, el cual se compone de las palabras griegas EU, que significa "bien" y THANATOS, "muerte". Esto es: bien morir, bajo una interpretación médica, morir sin dolor.

Para iniciar un análisis sobre el concepto jurídico del dolor desde la eutanasia³³, debe partirse de la naturaleza misma de ésta, que bajo la perspectiva penal sobre la cual hizo el desarrollo la Corte Constitucional, se denominará homicidio por piedad u homicidio eutanásico, el cual es definido desde el mismo Código Penal, en el artículo 106, como la acción de producir la muerte a otra persona con el interés de poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable.

La sentencia hace el énfasis en el fin, es decir, poner fin a intensos sufrimientos. Esto tiene tres elementos importantes: primero, la eliminación del dolor es la causa que motiva a la acción; segundo, la persona como sujeto moral; tercero, voluntad y conciencia del sujeto para morir.

Primer elemento, que la eliminación del dolor es el motor de la acción. El sujeto pasivo del tipo, requiere cumplir unas condiciones objetivas, las cuales consisten en el padecimiento de intensos sufrimientos (no cualquier nivel de sufrimiento, deben ser intensos); estos sufrimientos deben provenir de una lesión corporal o de una enfermedad grave e incurable (de manera que la fuente del sufrimiento no puede ser espiritual o psicológica, sino que debe ser física, corporal,

esto nos lleva a una idea clara y directa de dolor.) Cuando se hace mención a una enfermedad incurable, hace referencia a una situación que necesariamente terminará con la muerte y en la que no existe esperanza de que termine el sufrimiento de quien lo padece. Aclara la Corte que el comportamiento de quien aplica la eutanasia no es el mismo, cuando el sujeto pasivo no ha expresado su voluntad de morir o cuando, por el contrario, ha manifestado su intención de seguir viviendo aun en las condiciones en las que se encuentra. Entonces, se evidencia, la libertad del sujeto a vivir con el dolor³⁴, a sobrellevarlo libremente.

Segundo elemento. Expresa la Corte, que la Constitución se inspira en la visión de persona como un sujeto moral, capaz de apropiarse de manera responsable de las decisiones que a él mismo le conciernen. El Estado debe a este sujeto, imponerle deberes en función de otros sujetos y derechos que deben ser respetados por éstos. Por ello, si la forma como el sujeto ve la muerte refleja sus propias convicciones, dice la Corte, "*no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral*". Concluye que el Estado no puede exigir a nadie

33 La eutanasia es un término que también se aplica para los animales, para el caso colombiano se estipula en el artículo 19 de la Ley 576 de 2000, Por la cual se expide el Código de Ética para el ejercicio profesional de la medicina veterinaria, la medicina veterinaria y zootecnia y zootecnia.: "*La cronicidad o incurabilidad de un caso no constituye, motivo para privarlo de asistencia profesional, sin embargo, tales circunstancias permitirán al profesional aplicar la eutanasia. (...) Parágrafo 2º. Defínase la eutanasia como «la muerte sin dolor» y podrá realizarse con la voluntad y previa autorización del usuario de los servicios o responsable del animal. Considérase la eutanasia en medicina veterinaria como un recurso terapéutico y como una medida sanitaria, en cuyo caso será obligatoria. El método aplicado deberá ser farmacológicamente aceptado, humanitario e indoloro.*"

34 En caso de querer continuar su existencia en las condiciones que se encuentre, igualmente, el Estado, por su compromiso con la vida, debe ofrecer a los enfermos terminales que enfrentan intensos sufrimientos, todas las posibilidades para que sigan viviendo en condiciones dignas, lo que incluye los tratamientos paliativos del dolor.

conductas heroicas como la de subsistir en medio de padecimientos crueles, lo que equivaldría a un trato cruel e inhumano, como tampoco puede privarse de dicha decisión a todas aquellas personas que tomen la decisión de vivir en dichas circunstancias en función de sus creencias religiosas o morales y su concepto de vida digna.

De toda esta disertación del Tribunal Constitucional, se deriva el tercer elemento, la voluntad y la conciencia del sujeto para tomar la decisión de morir. Dice la sentencia: "*El consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra*". Este consentimiento implica que la persona, la cual se encuentra en una situación de sufrimiento incurable y que concluirá inevitablemente con la muerte, posee la capacidad intelectual y toda la información sobre su estado, su pronóstico y sobre las opciones terapéuticas que tiene, para tomar la decisión que considere más acertada de acuerdo con sus convicciones³⁵.

Del primer elemento, del fin de la eutanasia, se deduce otro: la muerte con otro propósito distinto no encaja dentro de esta figura penal. Esto es, un homicidio que no busca acabar con el dolor de una persona, sino que busque intereses personales del homicida como liberarse de una carga, por cuestiones económicas como ahorrar costos de tratamiento u otras no constituyen homicidio eutanásico.

6.2. Sobre la piedad

En el aparte anterior, se acaba de hacer referencia al dolor padecido por el sujeto pasivo. Pero la sentencia trae una interesante reflexión sobre el sentimiento desde el sujeto activo³⁶, es decir, sobre quien aplica la eutanasia.

La Corte Constitucional, haciendo alusión al término de "homicidio por piedad" hace una definición de este último término, definiendo la piedad como "*un estado afectivo de conmoción y alteración anímica profundas*". Dentro de la misma sentencia, el Tribunal Constitucional compara la piedad con la figura de atenuación punitiva del estado de dolor, que ya se trabajó en el capítulo anterior, tratándolas de similares. La comparación la hace en relación a que ambos estados, piedad y dolor, son estados de conmoción y alteración. La diferencia radicaría en que mientras el estado de dolor mueve a obrar en consideración a sí mismo, a su propio dolor, la piedad mueve a obrar a favor de otro que sufre. Y del algún modo, quien ve sufrir, también sufre: "*El sujeto activo considera a la víctima como una persona con igual dignidad y derechos, pero que se encuentra en una situación tal de sufrimiento, que la muerte puede ser vista como un acto de compasión y misericordia*".

6.3. Sobre la distansia

En la lectura de la sentencia C-239 de 1997 es muy atractivo el salvamento de voto del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, en el cual

35 Frente a este punto, el magistrado José Gregorio Hernández salvó el voto argumentando que quien padece grandes sufrimientos no es dueño de su voluntad. Que sería mejor utilizar un paliativo que disminuya el dolor, porque así la persona podría recuperar la conciencia libre, desistir de la idea del suicidio y volver a pegarse a la vida.

36 Para efectos de la sentencia en mención, el sujeto activo sólo puede ser un médico. Situación que no compartió el Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, el cual manifiesta en su salvamento de voto, que así como se cobijó al médico homicida, se pudo favorecer al confesor, a un familiar o a un amigo de la persona.

hace referencia a la distanasia. Se lee al respecto en el salvamento de voto:

La distanasia, entendida como el retrasar la muerte todo lo posible, utilizando para ello todos los medios ordinarios o extraordinarios al alcance, así sean estos proporcionados o no, y aunque esto signifique causar dolores y padecimientos a una persona cuya muerte de todas maneras es inminente. En otras palabras, la distanasia es la prolongación artificial de la agonía de un moribundo, entendiéndose por agonía el proceso que conduce a la muerte a plazo corto, inminente e inevitable. Siendo la muerte un hecho natural con el cual culmina necesariamente toda vida humana, dilatarlo a toda costa y por cualquier medio, aún a costa del sufrimiento de quien va morir, ineludiblemente, constituye una acción reprochable, porque atenta contra la dignidad de aquel a quien se le practica, e incluso contra su integridad personal en ciertos casos. Por ello, evitar la distanasia es un deber social que debe ser cumplido en salvaguardia de los derechos fundamentales del moribundo.

Para el magistrado, es claro que esta actitud ante la muerte debe ser evitada, como un deber social y aunque no es posición vinculante, el aporte en materia de dolor es evidente, en la medida que confronta dos figuras antagónicas como son la eutanasia con la distanasia, pero que a la vez comparten dos elementos comunes, que a la final terminan diferenciándolos: la vida y el dolor. A diferencia de la eutanasia que es poner fin a la vida para evitar enormes dolores y sufrimientos, la distanasia se eleva como la preservación de la vida a toda costa, incluso a costa del dolor y padecimiento de quien sufre.

CONCLUSIONES

No existe una definición concreta del derecho sobre lo que es el dolor, pero sí se acepta de manera expresa que además del dolor físico existe el dolor psicológico, que son asumidos por el derecho dándoles un valor jurídico.

La Corte Constitucional ha determinado que el dolor físico y psíquico atenta contra el derecho fundamental a la vida, entendido no sólo como amenaza de muerte sino existencia en condiciones indignas.

Por ello, la persona dolorida tiene derecho a que se haga lo humanamente posible para aliviar, mitigar o eliminar el dolor. El dolor que atenta contra la dignidad humana genera en el Estado, las instituciones y las personas un deber de solidaridad con el que sufre para paliar su dolor.

La violencia intrafamiliar, principalmente la ejercida sobre mujeres y menores, puede llegar a constituirse en tortura. Para el caso de los menores, el dolor debe ser excluido de los castigos ya que su eficacia no radica en la intensidad del dolor.

Las personas que están en cotidiana permanencia con el dolor pueden llegar a una indiferencia ante éste. La injustificada inercia ante el dolor puede implicar violación de derechos humanos.

El dolor humano no puede ser usado como elemento comercial o mercantil.

La eutanasia es un delito en el que se produce la muerte a una persona que padece intensos dolores con el fin de cesar el sufrimiento. Es constitucional en su calidad de pena atenuada, dado que el sentimiento de piedad es asimilable al del intenso dolor. La

distanasia será lo contrario, retrasar la muerte aunque implique dolores y sufrimientos para quien los vive.

Como no existía ninguna investigación sobre el concepto jurídico del dolor no era posible establecer cuál era el valor que tenía este concepto para el derecho colombiano, sin embargo, puede ya concluirse que para nuestro ordenamiento jurídico, el dolor como concepto y, más, como una realidad humana, efectivamente posee un enorme valor en la medida que ha hecho girar las instituciones jurídicas a su alrededor y en especial comprometiendo al Estado en evitar, disminuir o eliminar el dolor que puedan sufrir sus ciudadanos en todos los niveles.

La posición que asume el derecho frente al tema del dolor es una posición dinámica, concreta y real. Dinámica, debido a que todas

las entidades del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) se han pronunciado de manera efectiva sobre el dolor, desde distintas posiciones y épocas, y en su gran mayoría a favor de la persona dolorida. Concreta y real, en cuanto el pronunciamiento jurídico se ha hecho, bien, con base en un concienzudo análisis de la situación en la que se podrían ver los sujetos (humanos o animales) en el caso de la expedición de normas de carácter general como leyes o decretos y resoluciones; o bien, tales pronunciamientos jurídicos se han surtido con base en casos concretos y reales, en situaciones verídicas de personas de carne y hueso que llegaron hasta los estrados judiciales, sea la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, interviniendo de manera efectiva muchas historias de vida, muchos proyectos de vida, muchas existencias indignas.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, Tiberio y ARROYAVE, Marta Lucía. Dolor y sufrimiento en el paciente con sida. En: IATREI, Medellín, V. 2, No. 2, agosto de 1989, p. 156-160.

BARILARI, Marcela. La otra cara de la rabia (en línea). Argentina: Escuela Freudiana de Buenos Aires, 2003. Página web: www.efba.org/efbaonline/barilari-04.htm. [Consulta 27 de noviembre de 2004].

DAGNINO SEPÚLVEDA, Jorge. Definiciones y clasificaciones del dolor. [Documento electrónico]. Escuela de Medicina, Universidad Católica de Chile. Página web: http://escuela.med.puc.cl/paginas/publicaciones/Boletin/html/dolor/3_2.html. [Consulta 28 de noviembre de 2004]. 4 pantallas.

ESCRIBANO SÁNCHEZ, Mercedes. El dolor. [Documento electrónico]. Infociencia. Página web: <http://216.185.133.103/infociencia/fijo/info-ficha.cfm?id=107>. [Consulta 25 de noviembre de 2004].

GARCÍA-BAQUERO, Merino. Necesidades espirituales en el enfermo Terminal (en línea). España: Sociedad Española de Cuidados Paliativos. Página web: www.secpal.com/revista/resumen_ponencias/resumen_ponencias_52.htm. [Consulta 27 de noviembre de 2006].

GONZÁLEZ BLANCO, Olga y otros. Enfoque multidisciplinario en el estudio del dolor bucal persistente (en línea). Venezuela: Acta Odontológica Venezolana, 1999. Página web: www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S0001-63651999000300007&script=sci_arttext . [Consulta 16 de noviembre de 2006].

GRACIA, Diego. Bioética clínica. Bogotá: El Búho, 1998, 150 p.

JIMENO, Miriam y ROLDÁN, Ismael. Las sombras arbitrarias: violencia y autoridad en Colombia. Bogotá: Editorial Universidad Nacional, 1996, p. 106.

LE BRETON, David. Antropología del dolor. Barcelona: Seix Barral, 1999, 285 p.

MARIANETT, José Enrique. El daño psicológico. Mendoza-Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997, 320 p.

OCAÑA, Enrique. Sobre el dolor. Valencia: Pretextos, 1997, 304 p.

PARENTI, Francisco. Bioética, derechos humanos y filosofía del cuerpo. En: Bioética y Derechos Humanos. Bogotá: Ediciones el Bosque, 1998, p. 319-342.

PROFAMILIA. Violencia contra las mujeres y los niños: violencia física (en línea). Bogotá: Profamilia, 2005. En: www.profamilia.org.co/encuestas/02consulta/13violencia/02fisica.htm. (Consulta 17 de marzo de 2006).

SÁNCHEZ HERRERA, Beatriz. Abordajes teóricos para comprender el dolor humano (en línea). Colombia: Universidad Nacional de Colombia, 2002. Página web: www.virtual.unal.edu.co/cursos/enfermeria/2005415/lecciones/cap_1/abordaje.htm [Consulta 27 de noviembre de 2006].

TORRALBA I ROSELLÓ, Francesc. Antropología del cuidar. Barcelona: Instituto Borja de Bioética y Fundación Mapfre, 1998, 374 p.