



Capítulo III

El derecho a ser intentado: descorriendo las fronteras entre la vida y la muerte¹

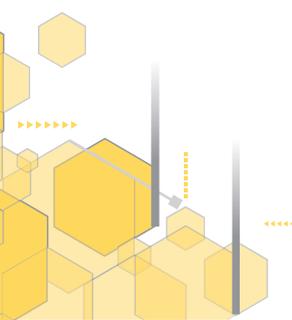
Wilmer Yesid Leguizamón-Arias²
Erika Natalia Santisteban-Abril³

1 Capítulo resultado de la investigación jurídica realizada en la monografía jurídica titulada "La pérdida de oportunidad en el derecho a ser intentado", presentado por Erika Natalia Santisteban Abril a la Fundación Universitaria Juan de Castellanos, en el año 2019, para optar por el título de Abogado, con resultado laureada.

2 Docente investigador adscrito al grupo de investigación Hugo Grocio de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos. Abogado, egresado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia; Magíster en Derecho, de la Universidad Nacional de Colombia; Doctorando en Derecho Público, Universidad Santo Tomas. Contacto: wyleguizamon@jdc.edu.co, wilmesid@gmail.com

3 Abogada egresada de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos, con mención laureada por su monografía jurídica titulada "La pérdida de oportunidad en el derecho a ser intentado" (2019).

* DOI: <https://doi.org/10.38017.9789588966465.03>





Introducción

La muerte era entendida como la extinción de la vida fisiológica, esto es, la cesación de las funciones biológicas u orgánicas de la persona. Por mucho tiempo, la definición de "muerte", entendida como "el estado que se alcanza cuando ha finalizado el proceso de morir" (Escalante Cobo, 2000, p. 98), se daba por el "el cese de la actividad cardíaca, respiratoria y del sistema nervioso central" (p. 98), y, en consecuencia, "la demostración de la inactividad de cualquiera de estos tres sistemas orgánicos era casi suficiente para el diagnóstico" (p. 98). Prevalecía el concepto generalizado según el cual, la interrupción de cualquiera de dichas funciones, determinaba la de los otros dos, como un efecto dominó. Por esta razón, era fácil identificar la muerte, puesto que se definía como el cese de todas las funciones vitales, y esa era la noción adoptada en el artículo 94 del Código Civil colombiano desde la Ley 57 de 1887.

Pero, a mediados del siglo XX, este concepto se transformó radicalmente con la aparición de las Unidades de Cuidados Intensivos (UCIS), que permitieron mantener artificialmente las funciones vitales de respiración y circulación; sin embargo, con la implementación de las UCIS, se empezaron a presentar los casos clínicos de "muerte del sistema nervioso". El hallazgo de la muerte encefálica transformó la idea de muerte que se tuvo por siglos, pues se descubrió que era insuficiente mantener la actividad cardíaca y respiratoria del paciente si no se lograba conservar la función cerebral (Centanaro, 2006). Este hallazgo científico causó todo un revolcón en el derecho, debido a que planteó nuevos problemas respecto a la regulación de la muerte, la determinación de su diagnóstico y sus eventuales efectos jurídicos.

Los descubrimientos científicos continuaron y se profundizó en el descubrimiento de estados de conciencia mínimos que no necesariamente equivalen a la muerte encefálica. En este tipo de escenarios, se abrió paso el derecho a "ser intentado" o "*right to try*", término que aparece por primera vez en Colombia en el año 2015, que encuentra su origen en la legislación estadounidense y que se traduce en el derecho que tienen pacientes con enfermedades terminales o pacientes con estados de conciencia bajos, para que se les apliquen tratamientos en etapa experimental cuando así lo soliciten.

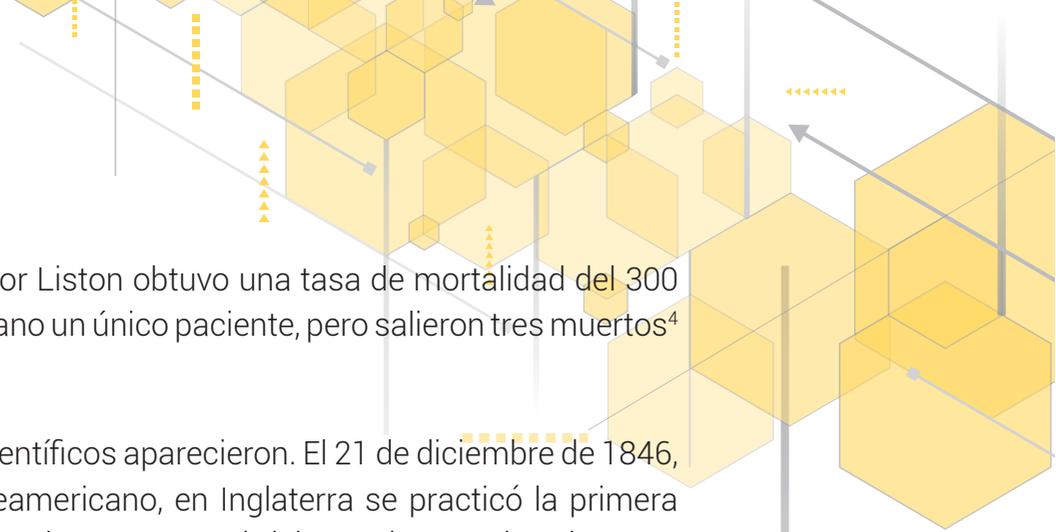
La implementación de este derecho, cuyo desarrollo en Colombia aún es incipiente, puede abrir puertas desconocidas para la medicina en general, la neurociencia como especialidad médica, la bioética y el derecho. Falta establecer los efectos positivos o negativos que puede traer la implementación de este derecho emergente. Por esta razón, en este apartado profundizaremos en uno de sus eventuales efectos desde el punto de vista jurídico: la modificación de la concepción que hasta ahora se tiene de la extinción de la personalidad.

De alguna manera, este apartado propone escenarios hipotéticos como el siguiente: ¿qué puede pasar si a través del derecho a intentar se facilita la implementación de experimentos para revertir diagnósticos de muerte encefálica?

● Un breve recorrido histórico por el mundo de la cirugía y la medicina crítica

Aunque la muerte es inevitable, el ser humano ha logrado importantes avances científicos para contenerla y, al menos, brindarle tiempo extra a muchas personas. Hasta el siglo XIX, los cirujanos provenían de una tradición empírica, incluso muchos eran iletrados y ni siquiera hacían parte de la élite de la medicina (Fitzharris, 2018, p. 17). En esa época, el éxito de las cirugías dependía de la habilidad, fuerza y rapidez con que se hacían los cortes y se suturaban las heridas; por esta razón, la cirugía era vista como última opción, aplicable únicamente en casos de vida o muerte. Era una práctica repulsiva, sumamente dolorosa, con alto riesgo de shock y, en caso de que el paciente sobreviviera al procedimiento, tenía que enfrentarse al inminente peligro de contraer una infección mortal. La cirugía, en aquel entonces, era prácticamente una sentencia de muerte.

La historiadora Lindsey Fitzharris explicó que, por estas motivaciones, los procedimientos quirúrgicos no eran tan apetecidos y practicados. En 1840 solo se registraron ciento veinte operaciones en el Royal Infirmary de Inglaterra (Fitzharris, 2018, p. 13), generalmente en extremidades y casi nunca en zonas consideradas como vitales. El riesgo de muerte era inherente a la práctica quirúrgica. De hecho, en alguna ocasión, un procedimiento



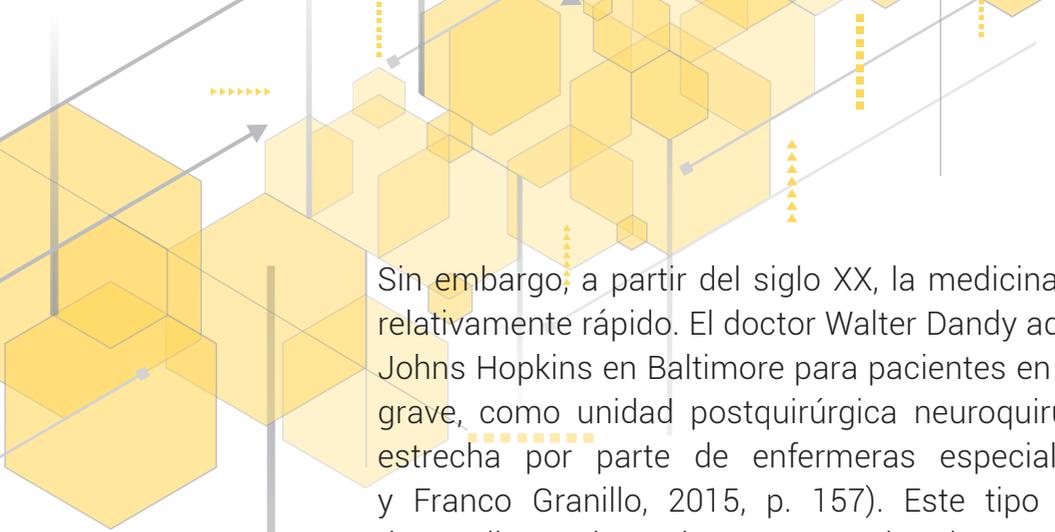
quirúrgico a cargo del doctor Liston obtuvo una tasa de mortalidad del 300 por ciento: ingresó al quirófano un único paciente, pero salieron tres muertos⁴ (Fitzharris, 2018, p. 19).

No obstante, los avances científicos aparecieron. El 21 de diciembre de 1846, aplicando un método norteamericano, en Inglaterra se practicó la primera cirugía con anestésicos. Por primera vez en el viejo continente, el paciente no sintió los terribles dolores propios de la amputación. Por esa misma época, los cirujanos se profesionalizaron y, apoyados en los descubrimientos de Pasteur, el cirujano inglés Joseph Lister estableció las bases de la antisepsia y la asepsia, ganando una batalla fundamental contra la muerte a causa de infecciones post operatorias (Fitzharris, 2018). Este contexto hace parte de muchos factores que sirvieron de antesala para impulsar la historia de la medicina crítica en el siglo XX.

La medicina crítica tiene por objeto "la atención del paciente con enfermedad crítica tanto médica como quirúrgica" (Universidad de Antioquia, 2012, p. 2), así como el estudio del espacio físico, la concentración de recursos materiales y la presencia de personal capacitado específicamente en la atención del paciente en situación de gravedad que pone en peligro su vida (Rodríguez Téllez y Franco Granillo, 2015, p. 156). En definitiva, la medicina crítica se define como aquella especialidad "que se ocupa de los pacientes con una patología que haya alcanzado un nivel de severidad tal, que suponga un peligro vital, actual o potencial, susceptible de recuperabilidad" (Vera Carrasco, 2015, p. 77).

Aún existe un debate en torno de los antecedentes de la medicina crítica, que en ocasiones está ubicada en las guerras napoleónicas (Vera Carrasco, 2015, p. 78) o en la guerra de Crimea (Rodríguez Téllez y Franco Granillo, 2015).

4 Fitzharris (2018) narra este episodio para explicar la habilidad y velocidad para cortar que en la época tenía el cirujano escocés Robert Liston, quien podía hacer una amputación en menos de un minuto: "En una ocasión, seccionó de manera accidental el testículo de un paciente junto con la pierna que estaba amputando. Su paciente más famoso (y posiblemente apócrifo) lo tuvo en una operación durante la cual actuó con tanta rapidez que cortó tres dedos de su ayudante y, al cambiar de cuchillo, hizo un tajo en el abrigo de un espectador. Tanto el ayudante como el paciente murieron más adelante de gangrena y el desafortunado espectador falleció allí mismo de la impresión. Es la única cirugía de la historia de la que se dice que tuvo una tasa de mortalidad del 300 por ciento" (p. 19).



Sin embargo, a partir del siglo XX, la medicina crítica tuvo un desarrollo relativamente rápido. El doctor Walter Dandy adaptó una sala del Hospital Johns Hopkins en Baltimore para pacientes en condición neuroquirúrgica grave, como unidad postquirúrgica neuroquirúrgica, con una vigilancia estrecha por parte de enfermeras especializadas (Rodríguez Téllez y Franco Granillo, 2015, p. 157). Este tipo de salas continuaron su desarrollo en Alemania por F. Sauerbruch y M. Kirscher (1930) y, bajo esta idea básica, en la Segunda Guerra Mundial se concibieron las salas de recuperación postquirúrgica (Vera Carrasco, 2015, p. 78). Estos avances se complementaron con los desarrollos y descubrimientos asociados a las técnicas de reanimación, uso de antibióticos, la ventilación mecánica, entre otros descubrimientos, dados o aplicados en el contexto de las guerras de Corea y Vietnam (Carrillo-Esper, 2011).

Estos antecedentes fueron claves para el surgimiento de las salas de cuidados intensivos. Pero fue en el marco de la epidemia de la poliomielitis que se presentó en el norte de Europa y Estados Unidos, entre 1947 a 1952, donde se desarrolló la idea de “la ventilación mecánica continua y prolongada, el manejo de la vía aérea y una serie de técnicas y procedimientos desarrollados” (Vera Carrasco, 2015, p. 78), para pacientes “con parálisis respiratoria” (Vera Carrasco, 2015, p. 78). En Alemania, ubican como precursores de este método, a R. Aschenbrenner y A. Donhardt; en Dinamarca, a Lassen, Dam, Ipsen y Poulsen; en Suecia, a Holmdahl; y en Francia, a Mollaret (Vera Carrasco, 2015, p. 78). Todos estos desarrollos permitieron concretar la idea de las Unidades de Cuidados Intensivos (UCIS).

No pasaría mucho tiempo para que el uso de las Unidades de Cuidados Intensivos (UCIS) generara nuevos descubrimientos. A finales de los años cincuenta, la implementación de las Unidades de Cuidados Intensivos (UCIS) permitiría advertir que la idea de muerte que se tenía hasta entonces era, en cierta medida, errada o al menos limitada, cuando se empezaron a reportar los primeros casos de muerte cerebral. Como lo explica Centanaro (2006), en 1956 se reportaron seis casos de pacientes “con ausencia completa de función neurológica, apnea, reflejos ausentes, hipotensión, poliuria e hipotermia, con ausencia de flujo intracraneano demostrado por angiografía” (p. 251). De acuerdo con el mismo autor, en 1959, neurólogos franceses “reportaron 23 casos de pacientes con daño cerebral masivo y silencio electroencefalográfico, que continuaban «vivos» sin signos de



actividad cerebral gracias a la ventilación mecánica" (Centanaro, 2006, p. 251). La autopsia practicada en estos últimos casos advirtió la presencia de "necrosis cerebral total" (Centanaro, 2006, p. 251).

A partir de entonces, se empezó a inferir que "de los tres elementos que clásicamente se utilizaban para el diagnóstico de muerte en el hombre [...], la ausencia de función neurológica era la clave, y que los otros dos, suspensión de la actividad respiratoria y cardiocirculatoria, eran elementos secundarios que participaban en el diagnóstico por su efecto desencadenante del cese de las funciones neurológicas" (Escalante Cobo, 2000, p. 98).

En la siguiente década, se continuaron registrando casos similares, con la evidencia existente, en 1968 el Comité de la Facultad de Medicina de Harvard formuló el primer criterio para la determinación de la muerte a partir de un daño encefálico permanente. Nace entonces el concepto de "*brain death*" (Centanaro, 2006, p. 251). Centerano aclara que, en el idioma español, el término adecuado es "muerte encefálica", puesto que "el término inglés "*brain*" se refiere realmente al encéfalo, que incluye además el tallo cerebral y el cerebelo" (Centanaro, 2006, p. 251).

Este nuevo diagnóstico de la muerte cambió la perspectiva que se tenía de ella hasta entonces, motivando transformaciones significativas en el derecho. Anudado a lo anterior, se han generado numerosas revisiones respecto a los criterios de muerte encefálica, y en 1994 la Academia Americana de Neurología, a partir de la investigación comisionada a Eelco Wijdicks, generó el "Reporte de la Academia Americana de Neurología para determinación de muerte encefálica en adultos" (1995), constituyéndose en una de las principales guías para el diagnóstico por muerte encefálica (Centanaro, 2006).

La muerte encefálica y sus debates jurídicos en el contexto colombiano

Colombia no ha sido ajena a los debates relacionados con la definición de muerte encefálica y sus efectos jurídicos. El primer problema se dio, por ejemplo, con la expedición de la Ley 9° de 1979, porque pretendió reglamentar la donación de órganos y la certificación de muerte, pero sin referirse expresamente a la muerte encefálica.

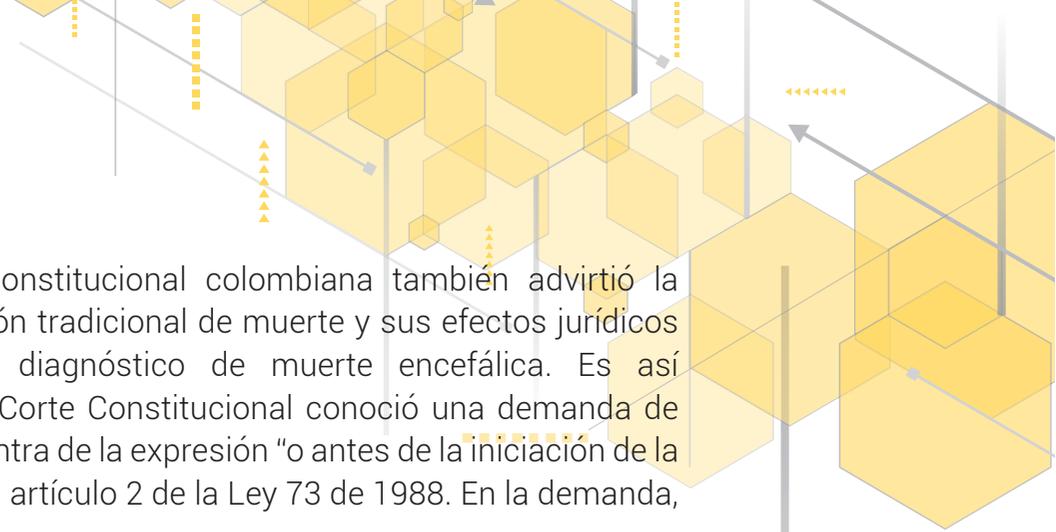


Este problema se resolvió con la expedición de la Ley 73 de 1988, que estableció algunas disposiciones en materia de donación, pero refiriéndose de forma expresa a la muerte cerebral, con el fin de aplicar una presunción legal en materia de donación de órganos. No obstante, no profundiza respecto al alcance y diagnóstico de la muerte cerebral.

Este segundo problema es resuelto por el Decreto Nro. 1546 de 1998, "Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares". El precitado decreto cambia el término de "muerte cerebral" por el de "muerte encefálica", definiendo esta última como "el fenómeno biológico que se produce en una persona cuando en forma irreversible se presenta en ella ausencia de las funciones del tallo encefálico, comprobada por examen clínico" (Decreto Nro. 1546, 1998, Art. 1).

La norma en comento también precisó que, para proceder con el diagnóstico de la denominada "muerte encefálica", se deberían constatar por lo menos los siguientes signos: ausencia de respiración espontánea, pupilas persistentemente dilatadas, ausencia de reflejos pupilares a la luz, ausencia de reflejo corneano, ausencia de reflejos óculo vestibulares y ausencia de reflejo faríngeo. Asimismo, la norma advierte que el diagnóstico de muerte encefálica no es procedente cuando en la persona exista cualquiera de las siguientes condiciones: alteraciones tóxicas y metabólicas reversibles o hipotermia inducida.

Posteriormente, se expidió el Decreto Nro. 2493 de 2004 que mantuvo la definición de muerte encefálica y definió los criterios para su diagnóstico, teniendo en cuenta factores como la edad en mayores y menores de dos años. En el mismo sentido, establece una nueva excepción para proceder con tal diagnóstico para los pacientes bajo el efecto de medicamentos o sustancias depresoras del sistema nervioso central y relajante musculares. Además, introduce dentro del protocolo para el diagnóstico de muerte encefálica que, por lo menos, dos médicos (de los cuales uno de ellos debe ser especialista en ciencias neurológicas) la certifiquen.



De otro lado, la Corte Constitucional colombiana también advirtió la transformación de la noción tradicional de muerte y sus efectos jurídicos como consecuencia del diagnóstico de muerte encefálica. Es así como, en el año 2007, la Corte Constitucional conoció una demanda de inconstitucionalidad en contra de la expresión “o antes de la iniciación de la autopsia médico-legal” del artículo 2 de la Ley 73 de 1988. En la demanda, se argumentó lo siguiente:

(...) esta disposición vulnera el derecho de los familiares de una persona fallecida, a oponerse a la extracción de los órganos y componentes anatómicos del cadáver de ésta, ya que la iniciación de la autopsia médico-legal o necropsia puede tener lugar en cualquier momento luego de declarada la muerte encefálica, y por tanto puede anular el derecho que tienen los familiares a oponerse, no dando espacio para dicha oposición, o puede restringir indebidamente el plazo de seis horas consagrado en la ley para que opere la presunción legal de donación. (Corte Constitucional de Colombia, 2007).

Respecto al concepto de muerte y los problemas jurídicos derivados de ella, la Corte consideró que no es un tema pacífico, puesto que suscita diferentes debates éticos, filosóficos, religiosos, morales, antropológicos e incluso sociológicos, respecto al concepto de muerte que debe adoptarse para efectos de trasplantes de órganos vitales. Este aspecto es crucial, en razón de que se debe diferenciar con claridad cuándo alguien está muriendo de alguien que está muerto.

Por eso, es fundamental para el derecho contar con “un diagnóstico adecuado y certero respecto de la muerte de un ser humano (...) pues a partir de la declaración de la muerte se extinguen tanto los derechos como las obligaciones de la persona jurídicamente considerada” (Corte Constitucional de Colombia, 2007). De esta manera, la Corte recordó que el ordenamiento jurídico colombiano admite dos formas para determinar la muerte de una persona natural:

1. Por el cese irreversible de la función cardiorrespiratoria que oxigena a todo el organismo, incluido el cerebro. 2. Por el cese irreversible de la función cerebral que regula y controla todo el organismo. La muerte cerebral es aceptada como una manera de morir desde el punto de vista médico, ético y legal, no sin que existan serias discusiones al respecto, y es el tipo de muerte que consagró el legislador colombiano. (Corte Constitucional de Colombia, 2007).



La definición de muerte, el consentimiento de los familiares en materia de donación de órganos y los problemas jurídicos asociados a estos aspectos, fueron claves para establecer los límites constitucionales a la regulación de la donación de órganos *post mortem* y el alcance de tal presunción de legal.

Sobre este último aspecto, el máximo tribunal constitucional también encontró diferentes posibles interpretaciones a la presunción legal de donación establecida en el artículo 2 de la Ley 73 de 1988 y, en tal sentido, consideró viable la constitucionalidad de la presunción legal de donación, según la cual:

Quando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido.

La constitucionalidad de la expresión acusada se declaró bajo el entendido de que la regla “o antes de la iniciación de la autopsia médico-legal”, debe asegurar, en ausencia de declaración de voluntad de la persona fallecida, el ejercicio efectivo del derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos o componentes anatómicos con fines de donación y trasplante: a) el término para oponerse será mínimo de seis (6) horas y solo cuando la necropsia haya sido previamente ordenada, se extenderá hasta antes de su iniciación; y b) el médico responsable debe informar oportunamente a los deudos presentes sus derechos en virtud del artículo 2º de la Ley 73 de 1988, sin perjuicio de la obligación del Estado colombiano de realizar campañas masivas de información y divulgación sobre el contenido de la ley (Corte Constitucional de Colombia, 2007).

Las posturas frente a la muerte también variaron. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana introdujo la tesis según la cual, el derecho fundamental a vivir en forma digna también implicaba el derecho a morir dignamente, puesto que “el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad” (Corte Constitucional de Colombia, 1997). Para la Corte, la consideración de la persona como sujeto moral, su dignidad humana y la prohibición constitucional de cualquier trato cruel o inhumano, justificaban que, en el marco del consentimiento informado, un paciente con una



enfermedad terminal que además padecía de terribles sufrimientos, podía “rehusar determinados tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con sus más hondas convicciones personales” (Corte Constitucional de Colombia, 1997).

Así las cosas, el deber estatal de protección de la vida podía ceder “frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna” (Corte Constitucional de Colombia, 1997). Desde entonces, el derecho y la sociedad colombiana entraron en un fuerte debate en torno a lo que debería entenderse como muerte digna. Sin embargo, el derecho a ser intentado, parece ofrecer otra alternativa o, al menos, presenta otro escenario para los pacientes con enfermedades terminales más allá de la eutanasia.

Algunos antecedentes del derecho a ser intentado

El derecho “a ser intentado” o *“right to try”* ha tenido un importante desarrollo legislativo en los EE. UU. Un ejemplo es la ley del Estado de Colorado, aprobada el 17 de mayo de 2014, que le dio la oportunidad a los enfermos terminales para que pudieran acceder a procedimientos experimentales no aprobados por la Administración de Alimentos y Medicación Federal (Duque, 2018, p. 147). Esta tendencia fue seguida por cerca de la mitad de los estados de la unión. En 2018, se promulgó la ley que salvaguarda el derecho “a probar”, cobijando y unificando el criterio en todo el territorio de los Estados Unidos, representando una solución para pacientes con enfermedades terminales y acceder a medicamentos experimentales a través de un proceso mucho más simplificado en relación con regulaciones antecedentes.

En el caso colombiano, las primeras providencias de la misma Corte que tuvieron alguna relación con tratamientos experimentales, fueron conservadoras en el sentido de negar las solicitudes para aplicar tratamientos experimentales, al considerarse que no se ajustaban a los parámetros legales que se debían tener en cuenta para el otorgamiento excepcional de beneficios de salud por fuera del POS (Corte Constitucional de Colombia, 1999). De hecho, invocando expresamente el artículo 37 de la Ley del Plan de Desarrollo 508 de 1999, la Corte encontró que un requisito fundamental



para autorizar un tratamiento médico por fuera del POS, era precisamente que se acreditara fehacientemente que no se trataba de un tratamiento experimental.

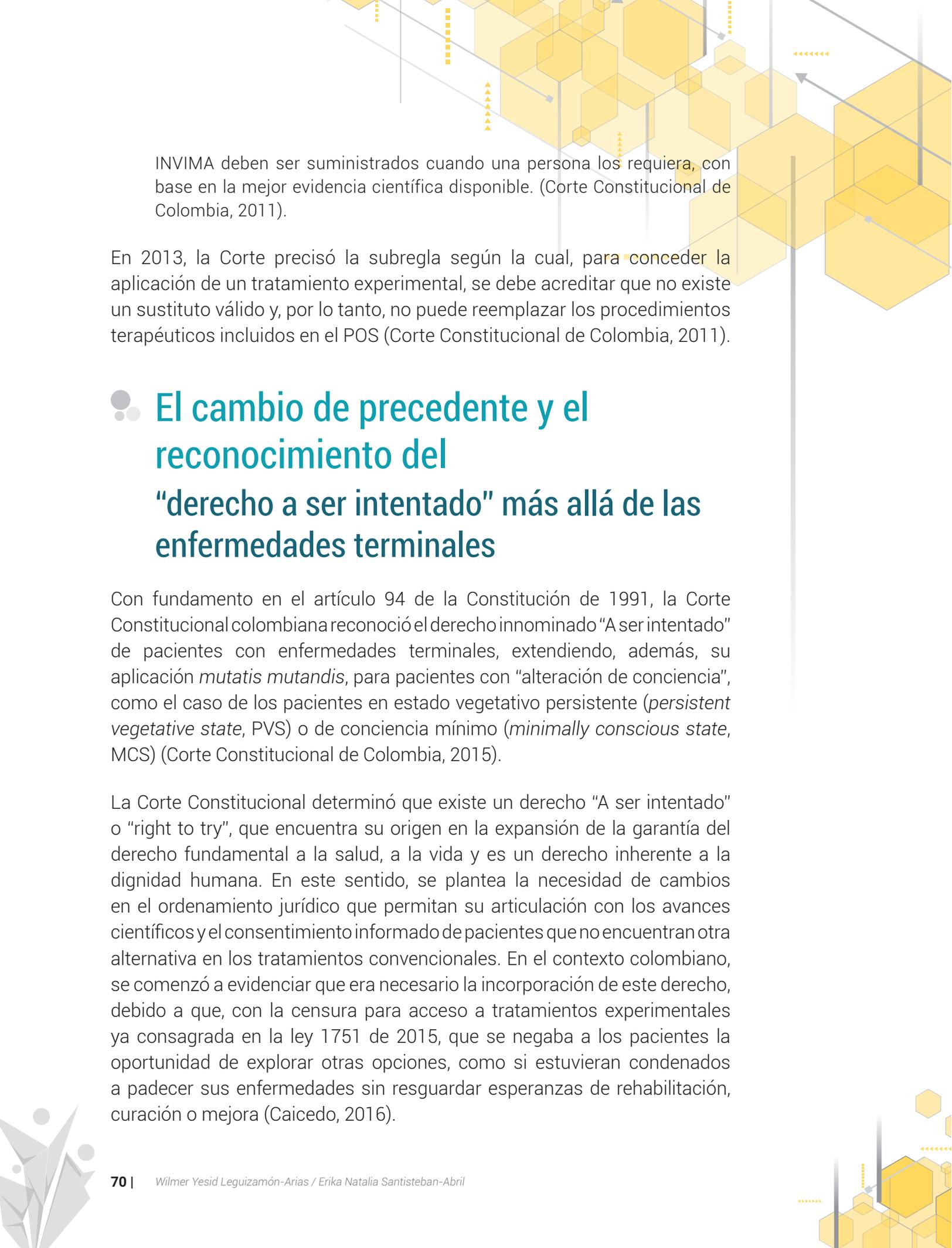
En el año 2001, la Corte reiteró su posición respecto al tratamiento experimental, al decidir una solicitud de tutela que buscaba la protección del derecho a la salud a partir de la autorización de trasplante de médula mieloablatoivo “con donante no relacionado en el exterior”, y que evidentemente se encontraba excluido del Plan Obligatorio de Salud (POS).

En aquella oportunidad, la Corte consideró que la protección del derecho a la salud implica garantizar el acceso a servicios cuyo nivel de efectividad sea determinable. En tal sentido, para que un tratamiento médico pueda considerarse como una alternativa terapéutica aceptable, es necesario que se someta a un proceso de acreditación debidamente certificado por la comunidad científica y los organismos regulatorios competentes; de manera que, los tratamientos considerados como experimentales o que no han tenido la aceptación correspondiente, no pueden ser susceptibles de financiación con cargo a los recursos del sistema de salud y seguridad social (Corte Constitucional de Colombia, 2001).

Hasta este momento, para la Corte resultaba razonable que el sistema de seguridad social en salud no tuviese que asumir costosos tratamientos experimentales. Esta postura fue morigerada en el año 2005, al considerar “la prohibición absoluta del financiamiento de actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos e intervenciones experimentales con recursos provenientes del sistema puede resultar desproporcionada y por lo tanto vulneradora del derecho a la salud” (Corte Constitucional de Colombia, 2005). Así que, de acuerdo con su nueva postura jurisprudencial, cada juez de tutela debería ponderar en cada caso concreto, según el acervo probatorio y la información científica arrojada al proceso.

El precedente jurisprudencial de 2005 fue extendido a los medicamentos no autorizados por el INVIMA. En este sentido, la Corte señaló que:

Cuando un médico tratante considera que cuenta con información técnica y científica para usar un medicamento, como se indicó, su opinión sólo podrá ser controvertida con base en información del mismo carácter (...). Por tanto, los medicamentos que aún no han sido autorizados por el



INVIMA deben ser suministrados cuando una persona los requiera, con base en la mejor evidencia científica disponible. (Corte Constitucional de Colombia, 2011).

En 2013, la Corte precisó la subregla según la cual, para conceder la aplicación de un tratamiento experimental, se debe acreditar que no existe un sustituto válido y, por lo tanto, no puede reemplazar los procedimientos terapéuticos incluidos en el POS (Corte Constitucional de Colombia, 2011).

● El cambio de precedente y el reconocimiento del “derecho a ser intentado” más allá de las enfermedades terminales

Con fundamento en el artículo 94 de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional colombiana reconoció el derecho innominado “A ser intentado” de pacientes con enfermedades terminales, extendiendo, además, su aplicación *mutatis mutandis*, para pacientes con “alteración de conciencia”, como el caso de los pacientes en estado vegetativo persistente (*persistent vegetative state*, PVS) o de conciencia mínimo (*minimally conscious state*, MCS) (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

La Corte Constitucional determinó que existe un derecho “A ser intentado” o “right to try”, que encuentra su origen en la expansión de la garantía del derecho fundamental a la salud, a la vida y es un derecho inherente a la dignidad humana. En este sentido, se plantea la necesidad de cambios en el ordenamiento jurídico que permitan su articulación con los avances científicos y el consentimiento informado de pacientes que no encuentran otra alternativa en los tratamientos convencionales. En el contexto colombiano, se comenzó a evidenciar que era necesario la incorporación de este derecho, debido a que, con la censura para acceso a tratamientos experimentales ya consagrada en la ley 1751 de 2015, que se negaba a los pacientes la oportunidad de explorar otras opciones, como si estuvieran condenados a padecer sus enfermedades sin resguardar esperanzas de rehabilitación, curación o mejora (Caicedo, 2016).

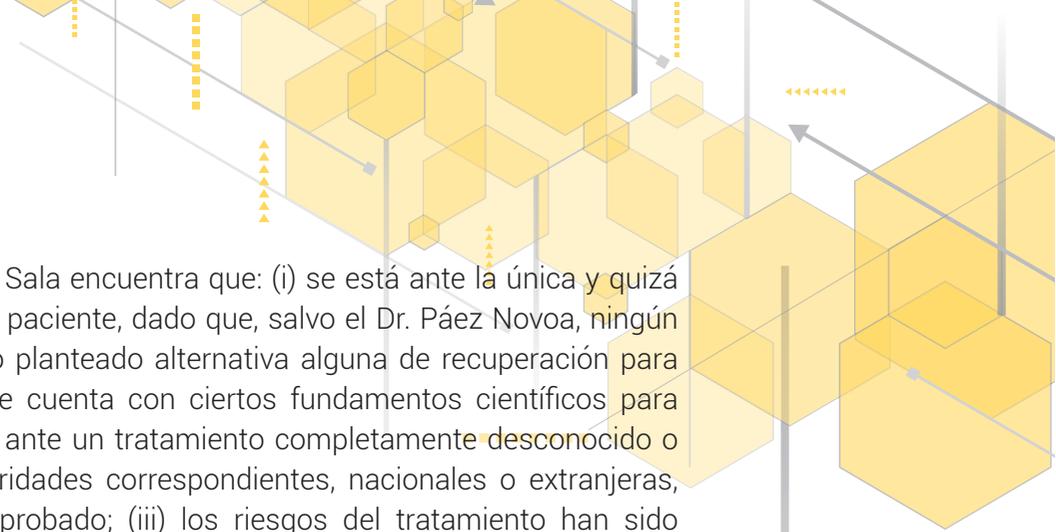


El derecho “a ser intentado” presenta otra perspectiva del derecho a la salud y la vida digna para pacientes terminales y con alteraciones de conciencia, en la medida en que les permite agotar “todas las posibilidades científicas existentes, incluso de carácter experimental, siempre y cuando se cuente con la orden del médico tratante” (Corte Constitucional de Colombia, 2015). Esta postura jurisprudencial se desató cuando el máximo Tribunal Constitucional estudió el caso de una joven de 29 años de edad, quien se encuentra actualmente en estado vegetativo desde el 31 de julio de 2009, como consecuencia de un accidente de tránsito, su diagnóstico actual es “estado vegetativo persistente (vigil)”, razón por la cual su padre Mario Rivera interpuso acción de tutela solicitando el tratamiento “estimulación espinal epidural cervical”, como única alternativa para mejorar la calidad de vida de su hija a partir del concepto y recomendación de su médico tratante el neurocirujano Maximiliano Páez Nova.

La complejidad del fallo proferido por el alto tribunal radica en que el tratamiento se encuentra en etapa experimental y no tiene la aceptación de toda la comunidad científica. Los familiares de una persona en estado vegetativo persistente (Corte Constitucional de Colombia, 2015). En el caso concreto, apelando a algunas reglas jurisprudenciales previas, el alto tribunal analizó los diferentes conceptos científicos que apoyaban o criticaban el tratamiento solicitado por el accionante y, a partir de las reglas de la sana crítica aplicadas sobre tales conceptos, estableció el siguiente razonamiento:

Efectivamente, existe una controversia científica acerca de la idoneidad del tratamiento. Quienes se oponen a la realización de tratamiento aceptan, al menos, la existencia de ciertos resultados alentadores para el caso de los pacientes que se encuentran en estado de mínima conciencia, tal y como sucede con Mairoby, según certificó su médico tratante.

Sin que le corresponda a la Corte entrar a cuestionar las calidades y conocimientos científicos de quienes se oponen a la realización del tratamiento, lo cierto es que se aportó al expediente una bibliografía muy reciente y completa, que da cuenta de los avances que han tenido en la materia grupos de investigadores de Japón, Estados Unidos y Francia. Quiere ello decir que no estamos en presencia de una postura aislada y testaruda de un médico, quien ha conceptuado en varias ocasiones en relación con la necesidad de la práctica del procedimiento de estimulación espinal epidural cervical.



Aunado a lo anterior, la Sala encuentra que: (i) se está ante la única y quizá última opción para una paciente, dado que, salvo el Dr. Páez Novoa, ningún médico ha propuesto o planteado alternativa alguna de recuperación para la joven Mairoby; (ii) se cuenta con ciertos fundamentos científicos para afirmar que no se está ante un tratamiento completamente desconocido o novedoso, así las autoridades correspondientes, nacionales o extranjeras, todavía no lo hayan aprobado; (iii) los riesgos del tratamiento han sido explicados a los familiares, los cuales los han asumido; y (iv) el médico que le ha venido haciendo un seguimiento permanente a la evolución de la paciente, tiene la firme convicción de que el tratamiento propuesto brinda una "luz de esperanza" en la materia. (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

Como puede advertirse con facilidad, el supuesto fáctico que debe resolver la Sala encuadra perfectamente en los contenidos del derecho fundamental, innominado a "que sea intentado" o "right to try", para el caso de los pacientes en estado vegetativo persistente (PVS) o de conciencia mínimo (MCS).

En contraste con el precitado racionamiento de la H. Corte Constitucional y pasando a hacer estudio concreto del derecho "A ser intentado", el Dr. Maximiliano Páez Novoa, médico tratante de la joven Mairoby Rivera Taborda, y precursor de la concesión y reconocimiento del carácter de fundamental del derecho "A ser intentado"; relata:

El derecho a ser intentado fue una opción que se ofreció a la ley colombiana para llegar y darle la oportunidad a las personas de acceder a la mayor cantidad de tratamientos disponibles en beneficio de esa enfermedad que no tiene nada más que hacer, creció muy paralela y a posteriori de la intención en jurisprudencia de Colombia del derecho a morir dignamente, para nosotros fue muy curioso cómo se promovía el derecho de muerte digna, con el cual estoy totalmente de acuerdo, pero no había un derecho a vivir dignamente y sucede que para vivir dignamente hay que intentarlo porque nada en la vida del ser humano se logra sin intención y sin acción, entonces se promovió el derecho a intentarlo a propósito de vivir con dignidad, además con morir con dignidad.

Indudablemente, el derecho "A ser intentado" por definición representa una oportunidad, como han salido los medicamentos y tratamientos en el mundo ¿acaso es que toda la vida hemos sabido lo que sabemos? El conocimiento al menos desde el punto de vista científico se adquiere con la experiencia, que son los pacientes que somos los seres humanos, así es que han sucedido varias cosas en el mundo, la gran ventaja que tiene el derecho a ser intentado es que



lo está pidiendo el paciente, no el médico. Todas las patologías tienen algún beneficio del derecho a intentar, le pongo un ejemplo una patología que no es infrecuente que es la principal causa de muerte después del trauma cráneo encefálico, que es carcinoma y pongamos el carcinoma de seno la principal causa de muerte en Colombia y en el mundo es el cáncer del seno. (Apartado tomado de la monografía jurídica titulada "la pérdida de oportunidad en el derecho "A ser intentado", producto de la entrevista realizada por la abogada Erika Natalia Santisteban Abril al médico Maximiliano Páez Novoa, vía Skype de fecha 19 de octubre de 2019).

Otro aspecto importante que aporta el diálogo directo sostenido con el neurocirujano funcional Maximiliano Páez Novoa, es un relato postoperatorio que da cuenta de la trascendencia del derecho "A ser intentado" en la continuidad de la vida del paciente, él expresa como en los resultados de la "estimulación epidural cervical" en Mayroby Rivera Taborda:

La espasticidad de cuatro extremidades mejoró ostensiblemente, empezó a tener mucho más contacto por su familia y empezó a reconocer más comandos establecidos por la página 107 de 132 personas, ya tenía muchas mayores expresiones faciales, colaboraba analiza el concepto, colaboraba un paciente de estado de conciencia mínimo colaboraba con sus terapias, paso de estar rígida dura como una tabla a estar sentada en una silla de ruedas, es decir que todas las enfermedades que se asocian al decúbito prolongado como: neumonía, zonas de presión, ulceración y problemas gastrointestinales cambiaron por el solo hecho de ser capaz de sentarse, y si no tiene espasticidad se le puede hacer aseo en las cuatro extremidades, hay que entender la diferencia de una persona rígida a una persona que ahora se puede mover cómodamente, que se le puede hacer aseo, que se le puede abrir la entrepierna para llegar y limpiar la región genital e impedir que tenga una infección de vías urinarias con su propia materia fecal. Que además de eso entre en contacto con su familia, que se ría de un chiste, eso para mí es mucho teniendo en cuenta que la paciente estaba en una situación en la que "no había nada que hacer" ¡pero claro que sí había mucho que hacer! (Apartado tomado de la monografía jurídica titulada "la pérdida de oportunidad en el derecho "A ser intentado", producto de la entrevista realizada por la abogada Erika Natalia Santisteban Abril al médico Maximiliano Páez Novoa, vía Skype de fecha 19 de octubre de 2019).



● Implicaciones del “derecho a ser intentado” en la extinción de la personalidad: debates y perspectivas

Actualmente, se pueden identificar varias discusiones respecto a la definición del fin de la personalidad y sus efectos jurídicos. Una de esas discusiones se puede desarrollar a partir de los efectos del derecho a ser intentado.

La primera discusión aún está relacionada con la muerte encefálica. Desde el punto de vista bioético, aún se discute si con la muerte encefálica también se configura la muerte del individuo (Ortega-Ruiz y Dicuara Molina, 2019, p. 90). Por ejemplo, en 2003 se publicó un artículo que revisaba y cuestionaba la ambigüedad e incoherencia de los conceptos, criterios y modelos contemporáneos para declarar la muerte cerebral (Sarmiento, 2003, p. 33).

La segunda discusión está relacionada con los efectos jurídicos de la extinción de la personalidad, particularmente en lo que tiene que ver con el tratamiento del cadáver. Algunos autores consideran que el cadáver pasa al régimen regulatorio del dominio; para otros autores, continúa gozando de derechos (como el derecho al honor y la persona), y sustentan su postura en una personalidad residual del cadáver; otros autores rechazan esa postura y simplemente advierten que el respeto a la dignidad póstuma no es un derecho del cadáver, sino un deber de las personas (Sarmiento, 2003).

La tercera discusión está vinculada con los diferentes tipos de “alteración de conciencia” y que se explica como la dificultad que tiene un paciente “para interactuar con su entorno y comprender su realidad” (Padilla *et al.*, 2018, p. 89). Dentro de estas alteraciones de conciencia, se encuentran el estado vegetativo persistente (PVS) o de conciencia mínimo (MCS).

En estos casos, se concentran varios debates jurídicos y bioéticos. La disyuntiva entre la muerte digna y el derecho a ser intentado, es uno de ellos. Y en este sentido, este derecho emergente puede convertirse en una alternativa jurídica importante frente a la salida que, hasta entonces, ofrecía el derecho y que se reducía a la eutanasia. No obstante, su aplicación plantea



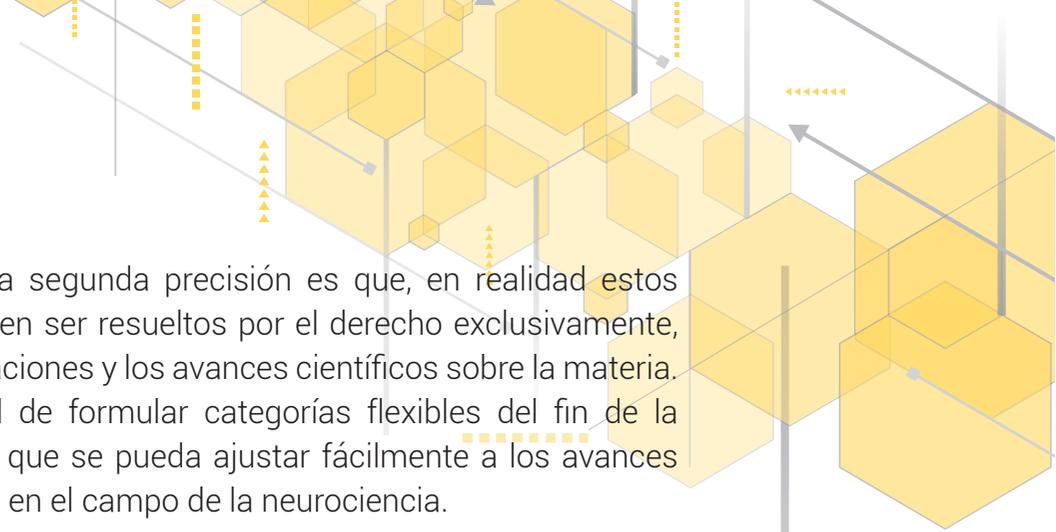
varios retos: la implementación de consentimientos informados mucho más exigentes, el desarrollo de protocolos bioéticos que salvaguarden al paciente de sufrimientos injustificados y que evidentemente no pueda expresar, entre otros.

A pesar de los constantes descubrimientos científicos, el ser humano aún no conoce todo el universo de la conciencia y la mente. Se conoce el cerebro y su funcionamiento, pero aún no está clara la interacción de este con "las experiencias subjetivas" (Noah Harari, 2016, p. 128), que se pueden sentir a través de la mente. Por esta razón, cada vez que se llena una zona oscura en el mapa de la mente y la conciencia, se generan transformaciones significativas que trascienden a variados campos del conocimiento, siempre y cuando se desarrollen bajo estrictos protocolos bioéticos.

Y el cuarto debate en relación con la redefinición del concepto de muerte, eventualmente se abriría a partir de la implementación del derecho a ser intentado en diagnósticos de muerte encefálica. En 2019, la revista *Nature* (2019, vol. 568, pp. 336-343), publicó la investigación de un grupo de científicos titulada "*Restoration of brain circulation and cellular functions hours post-mortem*" (Vrselja et al., 2019). Dicha investigación reportó la recuperación de la actividad celular y circulatoria en el cerebro de un cerdo que había muerto cuatro horas antes.

Aunque la investigación aún está en fases previas y solo se ha corroborado en un animal, permite plantear varios escenarios futuros en relación con la redefinición de fin de personalidad y el derecho a ser intentado. Piense el lector en el siguiente caso hipotético: la investigación para la recuperación de la actividad celular y circulatoria en el cerebro está lista para practicarse en humanos y se realiza con éxito en un cerebro humano que horas antes había sido diagnosticado con muerte encefálica. La aplicación de este experimento plantea varios interrogantes: ¿es procedente el derecho a intentar después de diagnosticada la muerte encefálica?, ¿cuál es el estatus jurídico aplicable al cuerpo objeto de este experimento?, ¿sigue gozando de personalidad jurídica en virtud del derecho a intentar o simplemente se somete al régimen jurídico aplicable a los cadáveres humanos?

Sobre este caso hipotético y sus cuestionamientos subyacentes, se deben hacer dos precisiones: la primera es que este caso no tiene una intención predictiva, simplemente busca plantear un posible escenario que dependerá



del desarrollo científico. La segunda precisión es que, en realidad estos cuestionamientos no pueden ser resueltos por el derecho exclusivamente, se depende de las investigaciones y los avances científicos sobre la materia. Pero plantea la necesidad de formular categorías flexibles del fin de la personalidad jurídica, para que se pueda ajustar fácilmente a los avances científicos, particularmente en el campo de la neurociencia.

Referencias

- Caicedo, A. (2016). Del Derecho Fundamental Innominado A Ser Intentado En La Jurisprudencia Constitucional Colombiana. *Revista Universidad Católica de Colombia*, 1(1), 1-46. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2664/1/derecho%20fundamental.pdf>
- Carrillo-Esper R (2011). La educación en la unidad de cuidados intensivos. *Cir Cir.*, 79, 92-99.
- Centarano, G. (2006). Guía para el diagnóstico de muerte encefálica. En *Guía Neurológica 6: UCI* (pp. 251-258).
- Consejo de Estado, 2001-00757 (Sección Tercera 07 11, 2013). Corte Constitucional de Colombia (1997). Sentencia C-239 1997.
- Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencia SU.819 de 1999.
- Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia T-597 de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia T-1330de 2005.
- Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-933 de 2007.
- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia T- 418 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia (2013). Sentencia T- 180 de 2013.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia T-057 de 2015.
- Duque, M. (2018). Precedente constitucional en materia de "derecho a ser intentado" o "right to try" para tratamientos experimentales. *Revista CES Derecho*, 1(9), 143-163.
- Escalante Cobo, J.L. (2000). Muerte encefálica. Evolución histórica y situación actual. *Revista Medicina Intensiva*, 24(3), 97-105.
- Fitzharris, L. (2018). *De matasanos a cirujanos* (J. Chamorro Mielke, Trad.). Penguin Random House Grupo Editorial S.A.S.



Noah Harari, Y. (2016). *Homo Deus. Breve historia del mañana*. Editorial Debate.

Ortega-Ruiz, L. G., y Ducuara Molina, S. A. (2019). El cadáver humano y su incidencia jurídica. *Revista Verba Iuris*, 14(42), 73-98.

Padilla-Zambrano, H. S., Ramos-Villegas, Y., de Jesús Manjarrez, J., Pereira-Cabeza, J., Pájaro-Mojica, R. A., Andrade-López, A., Corrales-Santander, H., y Moscote-Salazar, L. R. (2018). Coma y alteraciones del estado de conciencia: revisión y enfoque para el médico de urgencias. *Revista Chilena de Neurocirugía*, 44(1), 83-88.

Rodríguez Téllez y Franco Granillo (2015). Historia y filosofía de la medicina. *Anales Médicos, asociación médica, centro médico A B C*, 60(2), 156-159.

Santiesteban Abril, E. N. (2019). *La pérdida de oportunidad en el derecho a ser intentado* (trabajo de grado para optar por el título de Abogado inédita). Fundación Universitaria Juan de Castellanos.

Sarmiento, P. (2003). ¿Es la muerte cerebral realmente la muerte del individuo? Análisis de una compleja situación clínicobioética. *Persona y bioética*, 7(18), 25-46.

Sentencia C-88 (Corte Constitucional de Colombia 03 02, 2020).

Universidad de Antioquia. (2012). *Documento maestro Programa de especialización en medicina crítica y cuidados intensivos*.

Vera Carrasco, O. (2015). Historia de la medicina. Origen y desarrollo histórico de la medicina crítica y unidades de cuidados intensivos en Bolivia. *Revista de medicina*, 21(2), 77-90.

Vrselja, Z., Daniele, S.G, Silbereis, J., Talpo, F., Morozov, Y., Sousa, A., Tanaka, B., Skarica, M., Pletikos, M., Kaur, N., Zhuang, Z., Liu, Z., Alkawadri, R., Sinusas, A., Latham, S., Waxman, S., y Sestan, N. (2019). Restauración de la circulación cerebral y funciones celulares horas post-mortem. *Nature*, (568), 336-343. <https://doi.org/10.1038/s41586-019-1099-1>