

- Publicado en Gaceta Jurídica, Año 2.013, N° 400, Págs. 7 - 12.

NOTAS SOBRE LA NUEVA LEY DE DONANTE UNIVERSAL DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL¹.

Alejandro Cárcamo Righetti²

Abogado

Licenciado en Ciencias Jurídicas

Universidad de Talca

A.- La actual regulación sobre Trasplante y Donación de Órganos de conformidad al nuevo texto de la Ley N° 19.451.

En fecha 01 de Octubre de 2.013, ha entrado en vigencia en nuestro país, la Ley N° 20.673, la cual Modifica la Ley N° 19.451 –Establece Normas sobre Trasplante y Donación de Órganos- respecto a la determinación de quiénes pueden ser considerados Donantes de Órganos, texto legal que tuvo su origen en una moción de los diputados Accorsi, Burgos, Castro, Macaya, Monsalve, Núñez, Robles, Rubilar, Torres y Walker³.

La norma legal en comento, promulgada en fecha 29 de Mayo de 2.013, cuya publicación en el Diario Oficial, data del 07 de Junio de 2.013⁴, reemplaza el artículo 2º bis de la Ley N° 19.451 –derogando, adicionalmente, su artículo 9-, por el siguiente:

Artículo 2º bis.- Las personas cuyo estado de salud lo requiera tendrán derecho a ser receptoras de órganos.

¹ Fecha de envío para su publicación: 01 de Octubre de 2.013.

² Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Profesor de pre grado -Derecho Administrativo- de la Universidad Diego Portales y de la Universidad de las Américas. Profesor de post grado –Programa de Magíster- de la Universidad Diego Portales y de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Contacto: alejandro.carcamo@mail_udp.cl

³ Véase. http://www.diarioconstitucional.cl/articulo-det.php?id_articulo=6102&id_cat=9, consultada el 30 de Septiembre de 2.013.

⁴ Su régimen de entrada en vigencia fue diferido en el tiempo, conforme aparece del artículo transitorio del mismo cuerpo normativo, toda vez que se prescribió: “*Esta ley entrará en vigencia el primer día del cuarto mes siguiente a su publicación*”.

Toda persona mayor de dieciocho años será considerada, por el solo ministerio de la ley, como donante de sus órganos una vez fallecida, a menos que hasta antes del momento en que se decida la extracción del órgano, se presente una documentación fidedigna, otorgada ante notario público, en la que conste que el donante en vida manifestó su voluntad de no serlo. El notario deberá remitir dicha información al Servicio de Registro Civil e Identificación para efectos del Registro Nacional de No Donantes, según lo establezca el reglamento respectivo.

En caso de existir duda fundada respecto de la calidad de donante, se deberá consultar en forma previa sobre la extracción de uno o más órganos del fallecido, por orden de prelación, a las siguientes personas:

- a) *El cónyuge que vivía con el fallecido o la persona que convivía con él en relación de tipo conyugal.*
- b) *Cualquiera de los hijos mayores de 18 años.*
- c) *Cualquiera de los padres.*
- d) *El representante legal, el tutor o el curador.*
- e) *Cualquiera de los hermanos mayores de 18 años.*
- f) *Cualquiera de los nietos mayores de 18 años.*
- g) *Cualquiera de los abuelos.*
- h) *Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive.*
- i) *Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive.*

Se entenderá por duda fundada el hecho de presentar ante el médico encargado del procedimiento documentos contradictorios o la existencia de declaraciones diferentes de las personas enunciadas en el inciso anterior.

Para los efectos de su intervención en el procedimiento de trasplantes, la enumeración precedente constituye orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluya a las demás comprendidas en la misma categoría y en las categorías siguientes.

En el caso de que varias personas se encuentren en igualdad de condiciones para la recepción de un órgano, el hecho de no estar inscrito en el Registro de No Donantes deberá tomarse en cuenta para priorizarlo respecto del que sí lo está.

En resumen, la nueva normativa legal establece que toda persona mayor de dieciocho años, es considerada –automáticamente- como donante de sus órganos, una vez fallecida, es decir, desde cuando se acredita la muerte cerebral del paciente, lo que debe hacerse por dos médicos cirujanos distintos a los que llevarán a cabo el trasplante.

No es posible olvidar al respecto, que la muerte cerebral o encefálica es una ficción legal, fundada en el avance de la ciencia médica.

Ahora bien, no serán donantes, si antes de que se decida la extracción del órgano, se presente documentación fidedigna, necesariamente otorgada ante Notario Público, en la que conste que en vida manifestó su explícita voluntad de no ser donante.

Frente a dudas fundadas acerca de si el fallecido es o no donante –y sólo en ese caso-, el legislador establece un sistema de consulta a determinadas personas, fijándose un orden de prelación al efecto.

Cabe destacar, que esta norma legal no fue objeto de control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional –artículo 93 de la Carta Fundamental-, toda vez que no estaba sujeta a control preventivo obligatorio –artículo 93 N° 1- ni tampoco fue requerido dicho control por los órganos colegisladores –artículo 93 N° 3-.

B.- La regulación sobre trasplante y donación de órganos previo a la modificación introducida por la Ley N° 20.673.

La antigua redacción de la Ley N° 19.451, Establece Normas sobre Trasplante y Donación de Órganos, databa del 15 de Enero del año 2.010 –fecha en que se publicó la Ley N° 20.413, que modificó la Ley N° 19.451, con el fin de determinar quiénes podían ser considerados donantes de órganos y la forma en que podían manifestar su voluntad-.

Bajo la vigencia de su texto anterior, en lo que nos interesa, se establecía lo siguiente:

Artículo 2° bis.- Las personas cuyo estado de salud lo requiera tendrán derecho a ser receptoras de órganos.

Toda persona mayor de dieciocho años será considerada, por el solo ministerio de la ley, donante de sus órganos una vez fallecida, a menos que en vida haya manifestado su voluntad de no serlo en alguna de las formas establecidas en esta ley.

Artículo 9°. Las personas mayores de dieciocho años podrán, en forma expresa, renunciar a su condición de donantes de sus órganos para trasplantes con fines

terapéuticos.

La renuncia podrá manifestarse en cualquier momento ante el Servicio de Registro Civil e Identificación. Asimismo, al obtener o renovar la cédula de identidad o la licencia de conducir vehículos motorizados. De lo anterior se dejará constancia en dichos documentos.

Las municipalidades informarán de inmediato al referido Servicio la individualización de aquellos que hayan renunciado a ser donantes.

En caso de duda fundada sobre la renuncia de su condición de donante o la vigencia de ésta, deberá requerirse a las siguientes personas, en el orden preferente que a continuación se indica, siempre que estén presentes al momento de tomar la decisión, para que den testimonio sobre la última voluntad del causante:

- a) *El cónyuge que vivía con el fallecido o la persona que convivía con él en relación de tipo conyugal;*
- b) *Cualquiera de los hijos mayores de 18 años;*
- c) *Cualquiera de los padres;*
- d) *El representante legal, el tutor o el curador;*
- e) *Cualquiera de los hermanos mayores de 18 años;*
- f) *Cualquiera de los nietos mayores de 18 años;*
- g) *Cualquiera de los abuelos;*
- h) *Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;*
- i) *Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive.*

En caso que existan contradicciones en los testimonios de las personas que se encuentren en el mismo orden o no sea posible requerir este testimonio a ninguna de ellas dentro de un plazo razonable para realizar el trasplante, atendidas las circunstancias, se estará a lo establecido en el inciso segundo del artículo 2° bis.

La relación con el donante y el testimonio de su última voluntad serán acreditados, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada que deberá prestarse ante el director del establecimiento asistencial o ante quien éste delegue dicha función, en los términos señalados en el inciso segundo del artículo 6°.

En todo caso, la renuncia a ser donante podrá expresarse en cualquier momento antes de la extracción de los órganos, sin sujeción a formalidad alguna, ante el director del establecimiento asistencial en que estuviere internado o ante quien éste delegue dicha función o ante alguno de los facultativos que lo estuvieren atendiendo.

Bajo la normativa anterior, precedentemente transcrita, toda persona mayor de dieciocho años era considerada, de forma automática, donante de sus órganos una vez producida la muerte cerebral, a menos que en vida hubiere manifestado expresamente su voluntad de no serlo, ante el Servicio de Registro Civil e Identificación; al obtener o renovar la cédula de identidad o la licencia de conducir vehículos motorizados. Inclusive, la renuncia a ser donante podía expresarse en cualquier momento antes de la extracción de los órganos, sin sujeción a formalidad alguna, ante el director del establecimiento asistencial en que estuviere internado o ante quien éste hubiere delegado dicha función o ante alguno de los facultativos que lo estuvieren atendiendo.

En caso de dudas fundadas sobre la renuncia a la condición de donante de una persona o en relación a la vigencia de ésta, se establecía un sistema de consulta, fijando un orden de preferencia, siempre que dichas personas estuvieran presentes al momento de tomar la decisión, para que dieran testimonio sobre la última voluntad del causante. La relación con el donante y el testimonio de su última voluntad eran acreditados, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada que debía prestarse ante el director del establecimiento asistencial o ante quien éste hubiere delegado dicha función.

De este modo, el texto anterior de la Ley N° 19.451, simplificaba de manera notable, a través de un sistema gratuito, la declaración de una persona que libremente, tras un proceso de reflexión personal –sobre la base de sus propios valores, convicciones y creencias-, tomaba la determinación de no ser donante.

C.- Breve análisis de la nueva preceptiva legal desde una dimensión constitucional.

La decisión de constituirse en donante de órganos –lo que en Chile se presume legalmente, sin necesidad de declaración expresa en dicho sentido-, no obstante ser una determinación loable, generosa y solidaria, constituyéndose –como lo ha señalado el Presidente de la República- en un “*...gesto de amor, que permite dar vida después de la vida...*”⁵, es una decisión estrictamente personal, propia de la libre autodeterminación de la persona humana, en tanto ser racional libre dotado de dignidad –artículo 1° inciso 1° de la Carta Fundamental-, que debe obedecer por tanto, a las convicciones, creencias –

⁵ Como fuera señalado por el Presidente Sebastián Piñera en fecha 14 de Junio de 2.013. Véase. <http://www.prensapresidencia.cl/Default.aspx?codigo=11834>

artículo 19 N° 6 del Texto Constitucional-, valores, al convencimiento más íntimo de cada persona, esfera en la cual el Estado no puede ni debe intervenir, ya que ello necesariamente implicaría lesionar los derechos esenciales de la naturaleza humana, los cuales el Constituyente ordena sean respetados, protegidos y promovidos en el artículo 5º inciso 2º de la Constitución.

Sin lugar a dudas, la necesidad de contar con donantes de órganos, es una cuestión de salud pública indiscutible, que ha preocupado a las autoridades gobernantes. No obstante ello, las políticas públicas que en la materia se adopten, no pueden forzar u obligar a las personas a constituirse en donante de órganos. Tampoco es aceptable ni constitucionalmente legítimo, que el Estado dificulte, complejice, haga engorrosa –y/o costosa- la manifestación de voluntad de una persona en orden a no querer ser donante de órganos.

Así las cosas, consideramos que la nueva normativa en materia de trasplante y de donación de órganos, pugna con nuestro ordenamiento jurídico constitucional, toda vez que limita o entraña –más allá de lo razonable- la libre autodeterminación de las personas –artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental-, desde el momento en que sólo permite manifestar –y acreditar- voluntad en el sentido de no ser donante de órganos, mediante documentación fidedigna, otorgada ante Notario Público. Ello carece de lógica, máxime si con anterioridad, dicha declaración era posible efectuarla en trámites cotidianos, tales como la renovación de la cédula nacional de identidad o de la licencia de conducir.

Nuestro Tribunal Constitucional, ha sentenciado que “...debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que les es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se “impide el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entranan más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”⁶.

A mayor abundamiento, conforme a la actual normativa, se les impone a las personas la injusta carga de concurrir a una Notaría a efectuar la declaración de rechazo a ser donante, incurriendo en una pérdida de tiempo y debiendo pagar con recursos

⁶ Tribunal Constitucional, 24 de Febrero de 1.987, Rol N° 43. Revista Derecho y Jurisprudencia, T. 84, sec. 6º, pág. 4; Tribunal Constitucional, 14 de Noviembre de 1.994, Rol N° 200. Revista Derecho y Jurisprudencia, T. 91, sec. 6º, pág. 137.

propios los derechos del Notario, lo que a todas luces resulta una infracción al artículo 19 N° 2 del Código Político, ya que se afecta la igualdad ante la ley, discriminándose arbitrariamente, sobretodo, a las personas de escasos recursos, a los cuales les puede resultar altamente difícil –sino imposible–, pagar el arancel respectivo.

Conforme a la jurisprudencia constitucional, el principio de igualdad jurídica, “*significa que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y consecuencialmente diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes*”⁷.

Todo lo anteriormente señalado, en caso alguno, se contradice con el deber constitucional del Estado en cuanto a brindar protección de la salud –artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental–, ya que si bien es cierto, “*el Estado debe velar, como se lo exige la Constitución, por la vida de las personas*”, lo que “*hace directamente a través de su poder público para cautelarlas de acciones de terceros*” y reconociendo “*el derecho a la protección de la salud con el objeto de que, en caso de enfermedades, se preserven sus vidas*”⁸, ello no puede realizarse, violentando otras garantías o derechos constitucionales de las personas.

D.- Conclusión.

El nuevo texto de la Ley 19.451 –Establece Normas sobre Trasplante y Donación de Órganos–, en lo relativo a la determinación de quiénes pueden ser considerados Donantes de Órganos –artículo 2º bis–, resulta plenamente cuestionable en su análisis a la luz de las normas y principios constitucionales, toda vez que interfiere –consideramos desproporcionadamente– en la libertad de autodeterminación de las personas, presumiéndolas como donantes de órganos y forzándolas a declarar, mediante una documentación fidedigna suscrita ante Notario Público –y sólo de ese modo–, su intención de no ser considerado como tal, imponiéndole la carga de financiar dicho trámite, lo cual constituye una discriminación arbitraria y un atentado contra la igualdad ante la ley –artículo 19 N° 2 inciso final de la Carta Fundamental–, teniendo en consideración que el

⁷ Tribunal Constitucional, 6 de Diciembre de 1.994, Rol N° 203. Revista Derecho y Jurisprudencia, T. 91, sec. 6º, pág. 143.

⁸ Tribunal Constitucional, 13 de Agosto de 1.995, Rol N° 220, Revista Derecho y Jurisprudencia, T. 92, sec. 6º, pág. 131.

costo de generar dicha declaración puede resultar altamente gravoso para las personas menos acomodadas.

En nuestra opinión, constatando la evidente y urgente necesidad de contar con mayor número de donantes de órganos en nuestro país, nos parece que el mecanismo para fomentar la decisión favorable de las personas en dicho sentido, no debe apuntar a dificultar la declaración negativa o a hacerla más engorrosa y/o costosa, sino que a informar, educar, crear conciencia respecto a la necesidad de ello, creando estímulos –no necesariamente económicos- para quienes sean donantes de órganos.