

SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE SALUD, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que reemplaza los artículos 2° bis y 9° de la ley N° 19.451, que establece el modo de determinar quiénes pueden ser considerados donantes de órganos.

BOLETÍN N° 7.849-11.

HONORABLE SENADO:

La Comisión de Salud tiene el honor de presentar su segundo informe acerca del proyecto de la suma, iniciado en Moción de los Honorables Diputados señores Enrique Accorsi Opazo, Jorge Burgos Varela, Juan Luis Castro González, Javier Macaya Danús, Manuel Monsalve Benavides, Marco Antonio Núñez Lozano y Alberto Robles Pantoja, Diputada señora Karla Rubilar Barahona y Diputados señores Víctor Torres Jeldes y Matías Walker Prieto.

Se hace presente que el proyecto sólo contiene disposiciones de ley común y no atañe a la organización ni a las atribuciones de los tribunales de justicia.

El texto que se propone a la Sala en este segundo informe consta de un artículo permanente y uno transitorio.

- - - - -

A las sesiones en que la Comisión consideró en particular este proyecto de ley asistieron, además de sus integrantes, el Jefe de la Unidad de Trasplantes del Ministerio de Salud, señor José Luis Rojas; el asesor jurídico del mismo Ministerio, abogado señor Jaime González Kazazian; los analistas de la Biblioteca del Congreso Nacional, señora Irina Aguayo Ormeño y señor Eduardo Goldstein Braunfeld; los coordinadores del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, señorita Francesca Cotroneo Prida y señor Omar Pinto Peña; la abogada del Instituto Libertad y Desarrollo, señora María Teresa Muñoz Godoy; los asesores del Senador señor Chahuán, señora Marcela Aranda Arellano y señor Marcelo Sanhueza Mortara, y el asesor del Honorable Senador señor Letelier, señor Tomás Monsalve Egaña.

Asistieron, especialmente invitados, de la Fundación Deportistas por un Sueño: la Presidenta, señora Sandra Corrales, el Jefe de Logística, señor Marcos Flores y el Encargado de Comunicaciones, señor Cristián Miranda; de la Asociación Nacional de Televisión ANATEL: el Presidente, señor Ernesto Corona Bozzo, el Director, señor Bernardo Donoso Riveros y el Publicista, señor Jorge Leiva.

Del mismo modo, la Comisión invitó a exponer consideraciones jurídicas y bioéticas sobre esta iniciativa, a la Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Valparaíso, señora Alejandra Zúñiga Fajuri, al Director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile, Profesor Mauricio Tapia Rodríguez, al médico cardiólogo, señor Miguel Luis Berr Lama, al Arzobispo de Concepción, Monseñor Fernando Chomalí Garib, a la Profesora de Derecho Constitucional, señora Ángela Vivanco Martínez y al Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, señor Eduardo Aldunate Lizana.

- - - - -

Cabe señalar que esta iniciativa fue aprobada en general en sesión de 6 de junio de 2012.

Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 124 del Reglamento del Senado, se deja constancia de lo siguiente:

- 1.- Artículos que no fueron objeto de indicaciones ni de modificaciones: numeral 2) del artículo único y artículo transitorio.
- 2.- Indicaciones aprobadas sin modificaciones: no hubo.
- 3.- Indicaciones aprobadas con modificaciones: números 1, 2 y 3.
- 4.- Indicaciones rechazadas: números 4, 5, 6 y 7.
- 5.- Indicaciones retiradas: ninguna.
- 6.- Indicaciones declaradas inadmisibles: ninguna.

- - - - -

PRIMERA AUDIENCIA, PREVIA A LA DISCUSIÓN EN PARTICULAR

La Comisión, en sesión de 31 de julio de 2012, recibió en audiencia a representantes de la Asociación Nacional de Televisión y de la Fundación Deportistas por un Sueño, entidades que presentaron dos trabajos audiovisuales sobre la necesidad de la donación de órganos.

El Presidente de la Asociación Nacional de Televisión (ANATEL), señor Ernesto Corona, inició su exposición señalando que dicha institución ha planteado al Ministerio de Salud su voluntad de contribuir a resolver el grave problema relativo a las bajas tasas de donación de órganos en nuestro país. Al efecto, reseñó que en Chile existe una gran cantidad de donantes inscritos, esto es, de personas que manifiestan su voluntad de donar sus órganos, pero que, una vez constatada su muerte cerebral, el grupo familiar más cercano no está de acuerdo con dicha decisión y opta por rechazar tal posibilidad. En ese contexto, detalló que se ha ideado una campaña con miras a mejorar los índices de donación, para cuya aplicación se requiere el apoyo transversal de todos los sectores.

El publicista señor Jorge Leiva, en su calidad de autor de un video promocional que forma parte de dicha campaña, explicó que ésta pretende abordar la situación que deben afrontar los familiares más cercanos de una persona que requiere de un trasplante de órganos que se encuentra con la negativa de la familia de un potencial donante. En ese sentido, indicó que la campaña que presenta ante la Comisión, cuyo propósito consiste en promover la donación de órganos, pretende fomentar el diálogo transversal entre todas las instituciones y personas vinculadas a esta materia.

Una vez exhibido el video de ANATEL, el Honorable Senador señor Chahuán manifestó su agradecimiento a la Asociación Nacional de Televisión, atendida la relevancia de las medidas que deben adoptarse para promover la donación de órganos. En ese sentido, reseñó que, para conseguir dicha finalidad, no sólo se requiere la adopción de las normas legales que regulen esta materia, sino también se debe crear una cultura ciudadana acerca de la importancia de la donación de órganos. En efecto, indicó que en nuestro país cerca de 1.500 personas necesitan un trasplante de órganos, 1.500 requieren un tejido específico y cerca de 1.500 están en riesgo inminente de necesitarlo, ante la falta de medidas de salud preventivas, por lo que se trata de cerca de 5.000 personas que requieren de un incremento de las tasas de donación.

En tal contexto, añadió que, al examinarse las estadísticas de los últimos años, es posible sostener que, aun cuando

aparentemente éstas presentan un alza, tales cifras son insuficientes, toda vez que sólo habrían aumentado los donantes multiorgánicos, lo que no indica un aumento de las donaciones de órganos específicos, más aún cuando hay más de dos millones de personas que han manifestado su voluntad de no ser donantes. Habida cuenta de ello, coincidió en la necesidad de implementar planes de difusión en los medios de comunicación social acerca de la relevancia de la donación, lo que favorecería el cambio cultural que se requiere en esta materia, sin perjuicio que, además, se necesita del apoyo estatal que permita mejorar los índices de trasplantes.

Seguidamente, el Honorable Senador señor Uriarte indicó que la campaña publicitaria cumple con su finalidad en lo relativo a la necesidad de promover la donación de órganos, por lo que las labores que al efecto pueden desarrollar los canales de televisión resultan ser relevantes para conseguir dicho objetivo. Asimismo, explicó que actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria una iniciativa legislativa cuyo propósito es favorecer la donación de órganos, por lo que, en ese contexto, son muy relevantes las labores que pueden desempeñar los medios de comunicación social. Finalmente, consultó acerca de las medidas que se pueden implementar con el objeto de favorecer los índices de donación, sin perjuicio de las normas que pudieren introducirse en esta materia.

Por su parte, el Honorable Senador señor Girardi sostuvo que, para el análisis de las iniciativas relativas al trasplante de órganos, se han tenido en consideración una serie de indicadores internacionales que dan cuenta del escaso número de donantes en nuestro país en comparación con otras naciones. En ese sentido, expuso que, a su parecer, la legislación actualmente vigente contiene algunos defectos, toda vez que la forma en que se debe manifestar la voluntad de una persona para que pueda ser donante no requiere un proceso de reflexión previa. En tal contexto, enfatizó que se deben favorecer los mecanismos que permitan garantizar un consentimiento informado, lo que ha sido considerado en la iniciativa legislativa que modifica la ley actualmente vigente. Detalló que dicha ley se ha denominado ley del donante y del receptor universal, toda vez que ella pretende destacar, además del concepto de donante, el de receptor, toda vez que cualquier persona puede requerir de un órgano.

Asimismo, reiteró que se deben implementar los sistemas que permitan detectar y proveer de los órganos en un breve plazo a aquellas personas que lo requieran en todo el territorio nacional. Al respecto, explicó que el sistema de procurar órganos debe comprender no sólo a los potenciales donantes, sino también a los receptores y a las autoridades que deben establecer los programas a

este respecto, lo que debe ser considerado por las campañas de difusión que se realicen sobre el particular.

Al tenor de lo manifestado por los integrantes de la Comisión, el Presidente de la Asociación Nacional de Televisión (ANATEL), señor Ernesto Corona, manifestó que dicha entidad pretende asumir la responsabilidad que deben desarrollar los medios de comunicación social en esta materia, por lo que, sin perjuicio de la campaña publicitaria que han presentado, se encuentran en estudio una serie de iniciativas que se orientan en ese ámbito.

A su vez, el Director de la Asociación Nacional de Televisión, (ANATEL), señor Bernardo Donoso, sostuvo que la propuesta que se ha presentado ante la Comisión es fruto de un proceso cuyo objetivo es favorecer la discusión acerca de la importancia del trasplante de órganos, para lo cual se han analizado las alternativas que permiten conseguir tal finalidad. Añadió que ello requiere a su vez el compromiso de todos los organismos del Estado, con miras a favorecer el diálogo que se debe verificar para aumentar las tasas de donantes de órganos en nuestro país.

A continuación, la Presidenta de la Fundación Deportistas por un Sueño, señora Sandra Corrales, explicó que dicha entidad se ocupa de realizar actividades de beneficencia para niños que padecen enfermedades que requieren su hospitalización. Detalló que, dentro de éstas, destaca la visita de deportistas de alto rendimiento a los menores hospitalizados, entre los que se encuentran aquellos que requieren de un trasplante de órganos. En ese contexto, enfatizó que se ha promovido una campaña informativa cuyo propósito es dar a conocer las actividades que desarrolla la Fundación Deportistas por un Sueño y la relevancia de la donación de órganos.

El Honorable Senador señor Chahuán coincidió en la relevancia de las medidas que pueden adoptarse para proteger a los menores que padecen enfermedades graves, en cuyo contexto las labores que ha desarrollado la Fundación Deportistas por un Sueño, entre otras entidades, puede resultar de gran utilidad.

Finalmente, el Honorable Senador señor Uriarte explicó que la iniciativa relativa al favorecimiento de la donación de órganos resulta ser de la mayor importancia, para lo que es preciso escuchar a todas aquellas instituciones con competencia en la materia.

DISCUSIÓN EN PARTICULAR

DESCRIPCIÓN DEL TEXTO APROBADO EN GENERAL Y DE LAS INDICACIONES FORMULADAS

El texto aprobado en general sustituye el artículo 2° bis de la ley N° 19.451, que la Cámara de Diputados había reemplazado, disponiendo que 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 se presente una documentación fidedigna, otorgada ante notario público, en que conste que en vida el donante manifestó su voluntad de no serlo. Asimismo, deja sin efecto todas las inscripciones efectuadas en el Registro de No Donantes que tiene a su cargo el Servicio de Registro Civil e Identificación, practicadas con anterioridad a la vigencia de la ley.

Por otro lado, deroga el artículo 9° de la ley N° 19.451, que posibilita renunciar a la condición de donante de órganos.

Finalmente, fija la entrada en vigencia de la nueva normativa para el primer día del cuarto mes siguiente a su publicación.

- - - - -

Indicaciones presentadas al texto aprobado en general y los acuerdos adoptados a su respecto.

Indicaciones números 1, 2 y 3

Las **indicaciones números 1**, del Senador señor Coloma, **2**, del Senador señor García-Huidobro y **3**, del Senador señor Larraín, don Hernán, tienen por objeto reemplazar el artículo 2° bis aprobado en general por el 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, como potencial 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, de la cual emane que en vida el potencial donante 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 el caso que el potencial donante de órganos fallezca, la familia deberá ser consultada en forma previa sobre la extracción de uno o más de sus órganos en el siguiente orden:

- a) al cónyuge;
- b) a los hijos;
- c) a los ascendientes;
- d) al conviviente;
- e) a los hermanos, y
- f) al adoptado o adoptante.

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 excluye a los demás comprendidos en la misma categoría y en las categorías siguientes.

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

Discusión de las indicaciones números 1, 2 y 3

Previo a la discusión de estas indicaciones, el Honorable Senador señor Girardi explicó que el cambio de fondo que contempla el proyecto de ley aprobado en general por el Senado es la implementación del concepto de “donante universal”, que cada vez es más aceptado en las legislaciones comparadas y que considera a las personas como donantes a partir de su nacimiento, sin perjuicio de que cada cual, en el ejercicio de su libertad individual, pueda posteriormente decidir no donar sus órganos.

En ese contexto y en una primera revisión de las indicaciones, estimó que debieran ser rechazadas, ya que, de lo contrario, se volvería a implementar un sistema que, como se ha demostrado, no ha dado los resultados esperados.

Agregó que es necesario establecer un sistema de renuncia a la condición de donante más reflexivo, por cuanto el que

actualmente se encuentra vigente no permite un razonamiento adecuado ante la importante decisión que debe adoptarse. En esa perspectiva, recordó que, con ese fin, la posición impulsada por el Ejecutivo requería que dicha decisión fuese expresada ante un notario público.

Por otra parte, informó que Chile se encuentra entre los países con menor tasa de donantes por habitantes, por lo que propuso no retroceder en los pocos avances que hasta el momento se han logrado en la discusión de la iniciativa de ley, restableciendo su objetivo primitivo, que consistía en reafirmar la concepción de donante universal y, al mismo tiempo, reponer la realización de un acto reflexivo ante la eventual renuncia a la posibilidad de donar los órganos.

En último término, sostuvo que debe quedar claro en la normativa que si una persona no ha renunciado a su condición de no donante y se produce su fallecimiento, no será necesario requerir el consentimiento de su familia para proceder a la extracción de sus órganos, por cuanto la normativa que se pretende establecer perdería eficacia. Lo anterior, culminó, sin perjuicio de que se procure un sistema integral de apoyo a los familiares que se encuentren en esa dolorosa situación.

Enseguida, el Honorable Senador señor Rossi destacó que, en su oportunidad, se alcanzó un acuerdo con el señor Ministro de Salud que derivó en la redacción del texto que fue sometido a la aprobación de la Sala del Senado y, en ese sentido, las indicaciones presentadas desnaturalizan los objetivos del proyecto.

Incluso, añadió, el texto acordado resguarda fielmente la posibilidad de que las personas ejerzan su voluntad libremente en esta materia, sin imposiciones del Estado. No obstante, se adiciona un proceso de mayor reflexión y responsabilidad ante la elección de no donar los órganos.

Por otro lado, coincidió con el Honorable Senador señor Girardi en la necesidad de que, ante todo, se respete la voluntad expresada por el paciente, salvo en aquellos casos en que la decisión se haya delegado en otra persona.

El asesor jurídico del Ministerio de Salud, abogado señor Jaime González Kazazian, manifestó que son cuatro aspectos los que preocupan a la repartición que representa.

El primero de ellos es que al Ministerio de Salud le interesa que las personas sigan teniendo la posibilidad de manifestar su voluntad positiva de donar órganos, lo cual no quedaría contemplado

en el actual texto del proyecto de ley ni en las indicaciones presentadas a su respecto.

El segundo aspecto preocupante, agregó, es el referido a la consulta a las familias del paciente que ya ha expresado su voluntad de donar sus órganos –explícitamente o por aplicación del principio del donante universal-, una vez fallecido, toda vez que dicho requerimiento de información sólo debería realizarse ante una duda razonable sobre su condición de donante. Al respecto, precisó que esa situación se presenta solamente en alrededor de un 5% de los casos.

Un tercer aspecto dice relación con la derogación de las manifestaciones de voluntad contrarias a la donación, efectuadas durante el imperio de la actual normativa. Lo anterior, debido a que la ley vigente, que no requiere la realización de un acto reflexivo para tomar una decisión sobre la materia, ha posibilitado que el rechazo a ser donante aumente a un 30%, a pesar de que el registro histórico lo situaba en un 15%, aproximadamente. En ese sentido, indicó, la posibilidad de dejar sin efecto las inscripciones en el Registro de No Donantes, se fundamentaría en una causal de orden público.

Finalmente, solicitó a la Comisión estudiar la posibilidad de establecer ciertas normas que contemplen criterios de reciprocidad entre aquellos que son donantes y los que no lo son, ante la eventualidad de ser receptores de un órgano.

Al respecto, el Honorable Senador señor Chahuán advirtió que el principio de reciprocidad es carente de cualquier consideración de tipo humanitario, por lo que adelantó su rechazo a cualquier iniciativa en esa dirección.

Añadió que si bien ha promovido junto a otros miembros de la Comisión diferentes iniciativas tendientes a incentivar la donación de órganos, se mostró contrario a dejar sin efecto la voluntad de personas que ya han manifestado válidamente su negativa a ser donantes, la cual consta en el respectivo registro público que se ha dispuesto para estos efectos. Por lo demás, agregó, el establecimiento de dicha medida podría adolecer de vicios de constitucionalidad que eventualmente perjudicarían el normal trámite del presente proyecto de ley, sin perjuicio de reconocer que el procedimiento actualmente vigente no permite que la decisión se adopte luego de un adecuado juicio reflexivo.

En último término, estimó que lo fundamental en esta materia es crear una cultura de la solidaridad por medio de campañas publicitarias y de educación y la implementación por parte de los servicios de salud de un sistema oportuno de procura de órganos.

A continuación, el Honorable Senador señor Rossi reiteró que el texto de la iniciativa de ley que se sometió a consideración de la Sala del Senado fue consensuado con el Ministerio de Salud, a partir de la exposición del señor Ministro de esa cartera, quien sostuvo que uno de los problemas de la ley de donante universal es que el nivel de rechazo aumentó significativamente, puesto que no se tuvo en consideración todos los aspectos de relevancia para que las personas pudiesen tomar una decisión informada y reflexiva.

En ese contexto, razonó, lo que se plantea en el proyecto en comento no es restringir el derecho de las personas a expresar libremente su negativa a ser donantes, sino que sólo modificar el procedimiento por el cual dicha manifestación de voluntad se exterioriza. Por tanto, no existirían reparos de constitucionalidad ante la eventual aprobación de la norma que deje sin efecto las inscripciones en el Registro de No Donantes.

Agregó que el tema que ocupa a la Comisión se ha transformado en un serio problema para el país, por cuanto alrededor de 2.800.000 personas han expresado su decisión de no ser donantes de órganos, a su juicio, en una dirección contraria a los valores que debiesen primar en nuestra sociedad, como el amor al prójimo y la solidaridad.

El Jefe de la Unidad de Transplantes del Ministerio de Salud, señor José Luis Rojas, consideró que las dudas expresadas ante la contingencia de dejar sin efecto las inscripciones antes señaladas, serían atendibles en el caso de que, al momento de efectuarse a las personas la pregunta sobre su condición de donantes, se hubiese contemplado la posibilidad de abstenerse de responder. Por lo anterior, indicó, entre las respuestas negativas también se incluye la gente que, al poseer dudas sobre el tema o no tener clara su decisión, prefería no adquirir la condición de donante.

En definitiva, reflexionó, que exista un 30% de respuestas negativas no refleja necesariamente la realidad nacional en relación con esta materia.

Seguidamente, el Honorable Senador señor Chahuán reparó que los argumentos expresados en favor de la derogación de las inscripciones se basan sólo en supuestos y el hecho de que una gran cantidad de personas haya manifestado válidamente su voluntad para no ser donantes se debe a problemas más profundos de la sociedad, como el individualismo, la mezquindad y falta de información, mas no por ello se debe vulnerar una decisión libremente expresada.

Ante lo expuesto precedentemente, el Honorable Senador señor Girardi afirmó que la norma no vulneraría las voluntades ya exteriorizadas, puesto que las personas mantendrían la posibilidad de concurrir, con nuevos niveles de exigencia, a plantear su decisión de no ser donantes.

En conformidad con lo señalado, precisó, es necesario corregir el actual sistema, en que las personas, en el contexto de un trámite que deben realizar, se ven enfrentadas a tomar una decisión importante sin la debida preparación intelectual y emocional que se requiere y, en la mayoría de los casos, sin la debida convicción ante la respuesta adoptada.

Sin embargo, enfatizó que, si bien debe considerarse el respeto a la autonomía de la voluntad de las personas, es prioritario para el país resolver la situación de los pacientes que ven limitadas sus posibilidades de vida ante la inexistencia de donantes. Incluso, añadió, en anteriores normativas también se ha modificado la forma en que debe exteriorizarse la decisión de ser donante.

El Jefe de la Unidad de Trasplantes del Ministerio de Salud, señor José Luis Rojas, agregó que otro tema que debe resolverse es la eventual necesidad de consultar a las familias del paciente cuando exista una duda razonable sobre su decisión de ser donante.

Al respecto, el Honorable Senador señor Chahuán mencionó que su posición en esta materia es que se respete fielmente la decisión expresada por el donante y reiteró que otra cosa es aprobar una legislación que vulnere los derechos de aquellos que hayan formalizado previamente su voluntad, en concordancia con la legislación vigente en ese momento.

A modo de complementar lo ya expuesto, el asesor jurídico del Ministerio de Salud, señor Jaime González, planteó que la discusión doctrinaria sobre la donación de órganos se fundamenta en la determinación de si el cuerpo humano es un objeto de derecho, respecto del cual se posea la facultad de disposición. De determinarse que posee esa característica, también debiese analizarse su licitud.

Siguiendo ese razonamiento, continuó, la norma que deja sin efecto las inscripciones que constan en el Registro de No Donantes estaría sustentada en razones de orden público y de bien común, que hacen necesario eliminar esa manifestación de voluntad efectuada con anterioridad.

A su turno, el Honorable Senador señor Uriarte coincidió con la argumentación planteada por el Honorable Senador señor Chahuán, en el sentido de que nuestro ordenamiento jurídico no permite transgredir manifestaciones de voluntad válidamente expresadas. Incluso, advirtió que de hacerse, lo más probable es que se judicialice la discusión del presente proyecto.

A mayor abundamiento, el Honorable Senador señor Chahuán aseveró que adoptar una decisión de ese tipo constituiría un peligroso precedente para otras materias, ya que se aceptaría un acto expropiatorio de la voluntad de las partes, con efectos retroactivos. Agregó que esta postura es compartida por otros Senadores.

Añadió que en un reciente fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, se determinó que no se podría proceder al desalojo de ocupantes ilegales de un terreno, por cuanto existía un germen de derecho, lo cual, afortunadamente, fue corregido posteriormente por la Corte Suprema.

Conforme a lo expuesto, razonó, se deduce que es necesario resguardar y respetar fielmente la autonomía de la voluntad de las personas.

- En el análisis del inciso segundo del artículo 2° bis propuesto en las indicaciones números 1, 2 y 3, la Comisión acordó eliminar la palabra “potencial”, todas las veces en que precede al vocablo “donante”, resguardando de esa manera el concepto de donante universal.

En otro aspecto, el Honorable Senador señor Chahuán recordó que en anteriores sesiones de la Comisión se presentó una publicidad televisiva preparada por la Asociación Nacional de Televisión, que apuntaba a demostrar los efectos negativos que puede tener la consulta a las familias en el proceso de donación.

Respecto de la frase “a menos que hasta antes del momento en que se decida la extracción del órgano”, agregada por las indicaciones, consideró adecuada su aprobación, a fin de respetar fielmente la autonomía de la voluntad del paciente.

Coincidió con dicha apreciación el Honorable Senador señor Rossi.

El Honorable Senador señor Girardi, por su parte, reparó en que se debe mantener la exigencia de que la aceptación de tal declaración sólo se hará si ha sido formalizada ante un notario público.

Por otro lado, se refirió a la situación de la eventual consulta a las familias, señalando que debiera rechazarse esa exigencia, que sólo entraría el procedimiento de extracción de los órganos. Sin embargo, sí se mostró partidario de la disposición contenida en el inciso final del artículo propuesto por las indicaciones números 1, 2 y 3, que recoge de cierta manera el principio de reciprocidad en la donación de órganos.

El Honorable Senador señor Uriarte advirtió que la consulta a las familias que contemplan las indicaciones en comento se debe complementar con la redacción que en su oportunidad aprobó la Cámara de Diputados, que disponía la participación de los parientes en caso de que hubiese duda fundada respecto de la calidad de donante del paciente.

Incluso, reflexionó, en caso de que se presente una duda razonable lo más probable es que no se pueda efectuar la extracción de los órganos. Por el contrario, si se deja abierta la posibilidad de que se consulte a la familia, eventualmente podría concretarse.

Ante una consulta del Honorable Senador señor Chahuán, el Jefe de la Unidad de Trasplantes del Ministerio de Salud, señor José Luis Rojas, expresó que los servicios de salud tienen acceso en línea a los datos que aporta el Servicio de Registro Civil e Identificación.

Añadió que el proyecto aprobado en el primer trámite constitucional contemplaba, excepcionalmente, la consulta en caso de duda razonable, lo cual podía presentarse, por ejemplo, en el caso de que hubiese documentos contradictorios sobre la condición de donante del paciente. No obstante, argumentó, establecer una consulta general iría en contra de los objetivos del proyecto.

El Honorable Senador señor Chahuán hizo presente su preferencia por el orden de prelación de familiares establecido en el artículo 9° de la ley N° 19.451, por cuanto posee una mayor amplitud que el sugerido por las indicaciones parlamentarias.

Al culminar las intervenciones sobre esta materia, la Comisión acordó incluir la “duda fundada” como fundamento de la consulta a los parientes, estos últimos conforme al orden de prelación establecido en la ley, conjuntamente con la definición de dicho concepto el que se contenía en el texto aprobado por la Cámara de Diputados.

- - - - -

En relación con lo dispuesto en el inciso final del artículo 2° bis propuesto por las indicaciones números 1, 2 y 3, que considera con preferencia la condición de donante para efectos de decidir quién será receptor de un órgano, cuando varias personas se encuentren en igualdad de condiciones para aquello, el Senador señor Rossi señaló estar de acuerdo con esa idea, toda vez que sería un importante incentivo que la gente deberá tener en cuenta al momento de decidir si adquiere o no la calidad de donante.

Coincidieron con dicha apreciación los Honorables Senadores señores Girardi y Uriarte.

En esta materia, el Jefe de la Unidad de Trasplantes del Ministerio de Salud, señor José Luis Rojas, informó que la confección de las listas de espera para trasplantes se realiza siguiendo criterios clínicos de gravedad o prioridad médica, lo que, a su juicio, debe primar por sobre consideraciones de si el posible receptor de los órganos tiene o no la calidad de donante.

El Honorable Senador señor Girardi aclaró que ante la aplicación de un criterio médico, no se presentarán condiciones de igualdad de prioridad. A mayor abundamiento, manifestó que es muy improbable que esta última situación se presente en la práctica. Sin perjuicio de ello, enfatizó que la aprobación de una norma de este tipo ayudaría a la promoción de la donación de órganos.

El Honorable Senador señor Chahuán expresó sus reparos a la norma, ya que podría adolecer de vicios de constitucionalidad, al establecerse una discriminación arbitraria entre aquellos pacientes que requieren ser trasplantados.

Por su parte, el Honorable Senador señor Uriarte, sin estar de acuerdo con la opinión precedente, explicó que lo que se trata de hacer es premiar al que estuvo dispuesto a que se donen sus órganos.

A su turno, el Honorable Senador señor Rossi llamó la atención sobre el dilema ético que podría presentar la norma en discusión. No obstante, desde el punto de vista clínico, afirmó que siempre va a existir un paciente más prioritario que otro.

Sobre este punto, el Jefe de la Unidad de Trasplantes del Ministerio de Salud, señor José Luis Rojas, precisó que en el caso de los trasplantes de hígado, se le otorga un puntaje determinado a cada uno de los receptores, por lo que sí podría

presentarse una situación de empate entre ellos, la que actualmente se resuelve según el orden de inscripción de los pacientes.

Ante dicha explicación, el Honorable Senador señor Rossi expresó su preferencia de que el criterio que se utilice para dirimir posibles empates fuese la calidad de donante del paciente.

Seguidamente, el Jefe de la Unidad de Trasplantes del Ministerio de Salud, señor José Luis Rojas, puntualizó que si bien se presenta un gran dilema ético en este tema, también se estaría estableciendo un cierto castigo a quien, teniendo las condiciones para ser receptor de órganos, no posee la condición de donante. También se preguntó si es posible que la solidaridad se imponga obligatoriamente.

El Honorable Senador señor Uriarte adujo estar de acuerdo con la disposición en comento, puesto que en el proyecto no se disponen otros incentivos a la donación de órganos.

Por su parte, el Honorable Senador señor Girardi compartió la necesidad de incentivar el proceso de donación, aunque sea a través de su vinculación con la posibilidad de ser receptor de un órgano.

En último término, el Honorable Senador señor Chahuán reparó que debe analizarse la conveniencia de ampliar la forma en que las personas pueden manifestar su voluntad de no ser donantes, ya que en muchas localidades, en especial las de tipo rural, el acceso a una notaría no es sencillo.

- Puestos en votación los incisos primero y segundo del artículo 2° bis propuesto en las indicaciones números 1, 2 y 3, se aprobó el inciso primero en los mismos términos por ser idéntico al texto aprobado en general. El inciso segundo se aprobó con modificaciones, que consisten en suprimir la palabra “potencial”. Lo anterior, por la unanimidad de los miembros presentes, Honorables Senadores señores Chahuán, Girardi, Rossi y Uriarte.

- Puesto en votación el inciso tercero del artículo 2° bis propuesto en las indicaciones números 1, 2 y 3, se aprobó con modificaciones que consideran un número más amplio de personas familiares que pueden ser consultadas en caso de duda fundada sobre la calidad de donante del fallecido e introducen un inciso cuarto que precisa el concepto de duda fundada. Lo anterior, por la unanimidad de los miembros presentes, Honorables Senadores señores Chahuán, Girardi, Rossi y Uriarte.

- Puesto en votación el inciso cuarto del artículo 2° bis propuesto en las indicaciones números 1, 2 y 3, fue aprobado por la unanimidad de los miembros presentes, Honorables Senadores señores Chahuán, Girardi, Rossi y Uriarte.

SEGUNDA Y TERCERA AUDIENCIAS

Respecto del inciso final del artículo 2° bis propuesto por las indicaciones números 1, 2 y 3, la Comisión consideró conveniente escuchar la opinión de profesores de Derecho y especialistas en la materia, a fin de disipar las dudas respecto de una posible discriminación entre ciudadanos que están inscritos en el Registro de No Donantes y los que no lo están.

Asimismo, se agregó como tema objeto de análisis el inciso final contemplado en el artículo 2° bis aprobado en general por el Senado, que deja sin efecto todas las inscripciones efectuadas en el Registro de No Donantes con anterioridad a la vigencia de la nueva ley.

EXPOSICIONES DE LOS PROFESORES DE DERECHO SEÑORA ALEJANDRA ZÚÑIGA FAJURI DE LA UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO Y SEÑOR MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

En sesión efectuada el día 11 de septiembre de 2012, la Comisión recibió las opiniones de la Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Valparaíso, señora Alejandra Zúñiga Fajuri y del Director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile, Profesor Mauricio Tapia Rodríguez.

El Director del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, señor Mauricio Tapia Rodríguez, dio comienzo a su exposición señalando que el Código Civil no reguló el cuerpo de las personas, por lo que todos los vacíos en esa materia se han ido complementando por medio de sucesivas leyes particulares.

Agregó que en la citada codificación el ser humano es percibido sólo como una mera voluntad. No obstante, dicha concepción no es la que prevalece en el presente, ya que gran parte de los sistemas normativos que comparten nuestra tradición jurídica continental han incorporado al cuerpo y a su protección en la propia regulación civil. A mayor abundamiento, informó que en el Código Civil francés el cuerpo humano se ha reglamentado en los artículos 16 y siguientes.

Otro aspecto vinculado a los asuntos que trata la bioética, complementó, es la donación de órganos provenientes de personas fallecidas. A este respecto, añadió, se presentan dos intereses contrapuestos. El primero es el vinculado a la salud pública, que requiere contar con los órganos necesarios para efectuar procedimientos de trasplantes y, por otro lado, se presenta el derecho constitucional que protege la dignidad humana y promueve su respeto.

Por lo anterior, sostuvo que las normativas sobre la materia deben tratar de equilibrar ambos intereses en colisión. En ese sentido, puntualizó que la noción de donante universal, que significa que a falta de voluntad en contrario todas las personas se presumen donantes de órganos, es la que prima actualmente en los sistemas comparados que han mostrado mayor éxito en el aumento de las tasas de donación.

En cuanto al texto del proyecto de ley en discusión, expresó que debiese ser motivo de análisis el hecho de que la voluntad contraria a declararse donante pueda referirse a uno o a todos los órganos. Dicha situación, que ha sido recogida en algunas legislaciones, se basa en que alguien puede tener objeciones a donar algún determinado órgano de su cuerpo, pero es posible que no las tenga respecto de otros.

En otro ámbito, se mostró partidario de reforzar las exigencias formales de la declaración de voluntad destinada a adquirir la condición de no donante, puesto que, como lo ha demostrado la experiencia, las formas mediante las cuales debe manifestarse un acto jurídico son la mayor cautela de la libertad. Por lo expuesto y a fin de que se resguarde que la decisión que se adopte por las personas sea consecuencia de un proceso de reflexión, recomendó modificar la normativa actualmente vigente, que permite que, en el contexto de la realización de un trámite administrativo, se obligue a los individuos a tomar una decisión de tal relevancia.

Conforme a lo señalado, recalcó que es razonable excluir, en cuanto a la forma de manifestación de la voluntad de no ser donante, al Servicio de Registro Civil e Identificación y a las municipalidades, ya que dichas situaciones, a su juicio, son un error de la legislación vigente.

Por otra parte, en relación con la disposición contemplada en el inciso segundo del artículo 2° bis del proyecto de ley, sugirió analizar con más detalle la situación de los incapaces, tales como aquellas personas privadas de razón o los sordomudos que no pueden darse a entender claramente, ya que la iniciativa no señala si se presumirá su voluntad o se exigirá la de sus representantes legales o la

de sus familiares. En ese sentido, sostuvo que las legislaciones comparadas, en respeto de la libertad y la dignidad humana, se inclinan mayoritariamente por la segunda opción.

Seguidamente, se refirió a la modalidad para manifestar la voluntad contraria a ser donante, dando cuenta de que sería preferible, a su juicio, que el trámite se haga sólo a través de un instrumento privado cuya firma sea autorizada por un notario y que no se exija escritura pública, toda vez que, dependiendo de la localidad, a veces se cobra por ese documento una suma que para la mayoría de los chilenos puede ser excesiva. Es decir, es razonable que se haga con la menor formalidad que se exige a los documentos que se otorgan ante notario.

Luego, expresó sus reparos respecto de la disposición que pretende dejar sin efecto todas las declaraciones de voluntad inscritas en el Registro de No Donantes, debido a que, si bien concuerda con el propósito de la norma, desde la perspectiva del Derecho Privado la decisión sobre qué va a ocurrir con el cuerpo de una persona, una vez fallecida, tiene una relevancia mayor que la decisión sobre los bienes. Por tanto, si la ley no puede modificar aquello que se ha decidido libremente en relación a este último aspecto, menos aún podrá hacerlo ante una expresión de voluntad que recaiga sobre el cuerpo humano.

Incluso, añadió, el argumento de que la norma tendría su sustento en que las manifestaciones de voluntad contrarias a la donación de órganos se habrían hecho de manera irreflexiva, contraría las disposiciones comunes sobre la materia, por cuanto los vicios del consentimiento sólo pueden ser declarados por un tribunal y no mediante una ley que desdiga la voluntad de las personas.

En virtud de lo expuesto, propuso otras formas de salvar esta situación, como la mantención de las instancias administrativas que hoy se contemplan para manifestar la voluntad respecto de la donación, sólo para efectos de revocar la decisión contraria ya expresada. Dicha medida, en su opinión, permitirá que la voluntad se exteriorice luego de un adecuado proceso de reflexión y, asimismo, otorgará un debido respeto a la libertad y dignidad humana.

Finalmente, respecto de la reciprocidad, prevista en algunas de las indicaciones formuladas a la iniciativa de ley, afirmó no tener objeciones frente a ese principio, que, por lo demás, es consistente con el resto de la legislación, ya que se contempla en la mayoría de las instituciones civiles, como por ejemplo, en las normas sobre contratos o en las que reglan la responsabilidad.

Una vez concluida la intervención precedente, el Honorable Senador señor Chahuán opinó que, si bien el criterio de reciprocidad se emplea en otras instituciones civiles o en disposiciones del derecho internacional público, su aplicación en la materia en discusión podría afectar a la ética médica, al colocar al facultativo en la disyuntiva de preferir a un paciente para la recepción de un órgano, por una consideración que no es eminentemente científica.

Al respecto, el profesor señor Tapia señaló que sería conveniente que el eventual establecimiento de este principio sea examinado previamente por los organismos técnicos especializados, puesto que no sólo se debe hacer una consideración jurídica sobre la materia, sino también un análisis científico y ético.

A su turno, el Honorable Senador señor Girardi adujo que los médicos permanentemente se ven expuestos a tomar decisiones, por lo que la reciprocidad puede ser sólo un elemento más a considerar al momento de su adopción. Por ello, estimó que la experiencia y la ética médica son un resguardo suficiente para que prime siempre la consideración técnica por sobre otros elementos de juicio y no se deje sin la atención necesaria a un paciente que lo requiera.

No obstante lo expuesto, enfatizó que al incorporar en la normativa el principio de reciprocidad se dará una señal importante a la población y será un potente incentivo para favorecer la donación de órganos, ya que el pragmatismo actual imperante en nuestra sociedad hará que, ante una disposición de este tipo, quienes han optado por no ser donantes sin un adecuado razonamiento, reflexionen sobre la decisión adoptada.

Enseguida, el profesor señor Tapia manifestó su coincidencia con lo expresado por el Senador señor Girardi, por cuanto el principio en discusión estuvo en los fundamentos de la denominada "carta de donantes" que se contempla en el derecho francés, la que, pese a no tener efectos jurídicos, da cuenta de la idea de que quien porta esa carta es declarado donante y, a la vez, es susceptible también de ser receptor de un órgano.

En otro aspecto, expresó que se ha discutido profusamente en la doctrina sobre si la voluntad es suficiente para proyectarse más allá del término de la vida humana y, por ello, la idea del denominado testamento vital es precisamente hacer que prime y deba respetarse la decisión adoptada, por sobre la voluntad de los parientes.

En ese sentido, otro tema que debe considerarse en esta discusión, razonó, es el valor que se dará a la

voluntad de los familiares una vez fallecida una persona, quienes, en general, tienden a ser menos generosos que el posible donante. Sin embargo, para respetar ese ámbito familiar y el dolor de los deudos, en algunos sistemas comparados se les informa apropiadamente, sin perjuicio de respetar fielmente la voluntad del donante.

- - - - -

Seguidamente, la académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, señora Alejandra Zúñiga Fajuri, expresó que todas las legislaciones del mundo que regulan los trasplantes, así como la moralidad imperante en la inmensa mayoría de sociedades, parten del presupuesto de que los órganos pertenecen a las personas y que el modelo altruista o de la donación, debe ser el prevalente.

Así, agregó, en el seno del modelo de la donación existen variantes en función del carácter, la condición y el ejercicio del consentimiento del “suministrador” de órganos. Con la noción de carácter, explicó, se alude a la necesidad de que conste o no la voluntad explícita del donante del órgano, o si basta con un consentimiento presunto a falta de una oposición expresa. En cuanto a la idea de condición, la principal de ellas es si la voluntad de donar se convierte o no en un requisito para ser receptor de un órgano, es decir, si a los individuos nos es exigible la “reciprocidad” en esta materia, entendiendo que la condición es “universal” cuando no es el caso. Por último, el ejercicio será de tipo absoluto cuando nadie más que el donante pueda decidir sobre la donación, es decir, cuando no corresponde que la familia se pronuncie ante la voluntad expresa o tácita de ser donante. De lo contrario, cuando se permite que la familia modifique la voluntad expresa o tácita de serlo, se considera que se está en presencia de un ejercicio “restringido”.

Ahora bien, continuó, la inmensa mayoría de los modelos de trasplante que existen en el mundo son de consentimiento explícito, universal y restringido como, por ejemplo, en el caso de Estados Unidos, Canadá, Alemania y Reino Unido. Por otra parte, el consentimiento explícito y absoluto sólo se exige en Japón, lo cual provoca en la práctica la imposibilidad del trasplante puesto que ni el Estado ni los familiares pueden interpretar el silencio del fallecido como un consentimiento tácito a la extracción. Por último, solamente en Singapur, y para el caso del trasplante de riñones, se exige la reciprocidad.

Luego, añadió que en España y Austria, el consentimiento tiene las características del modelo chileno: tácito, en que se presume a falta de declaración expresa; universal, que no exige

reciprocidad, y absoluto, en que, al menos en el papel, la voluntad del donante es determinante. Por ello, adujo que España se ha situado, desde hace algunos años, como el país líder en número de donaciones en el mundo.

No obstante, en dicho país se están promoviendo modificaciones a la legislación, por cuanto se ha determinado que el modelo que más favorece el trasplante es, sin duda, el de consentimiento tácito, condicionado y absoluto. Es decir, se presume la condición de donante; se condiciona la recepción de un órgano a la previa disponibilidad para donar de quien ahora lo necesita, y se considera definitiva la decisión -expresa o tácita- del individuo frente a la donación, rechazando la posibilidad de que la familia modifique su voluntad soberana.

En tal sentido, acotó que la pregunta que se puede hacer, desde el principio de igualdad y respecto del proyecto que está en discusión en esta Comisión, es si la exigencia de reciprocidad para poder ser luego beneficiario de un órgano o tejido, es un requisito moral mínimo y plausible, desde un punto de vista constitucional.

En ese orden de ideas, destacó que existen razones de utilidad e instrumentales, para la reciprocidad, toda vez que si se sabe que no se recibirá un órgano, salvo que se haya manifestado la voluntad expresa de donar, probablemente habrá un mayor incentivo para hacerlo, con lo que serán más las vidas salvadas.

Seguidamente, expresó la interrogante de si violenta la igualdad ante la ley –generando una discriminación arbitraria o injusta- una legislación que impide que quien toma una decisión evidentemente cómoda y poco solidaria pueda luego aprovecharse de quienes, en su momento, optaron por el altruismo.

A ese respecto, señaló que en materia de adjudicación de recursos escasos sanitarios –como ocurre, evidentemente, con los órganos para trasplantes-, si bien la regla general es que los recursos deben designarse sobre la base del criterio de la necesidad sanitaria, lo cierto es que nada impide que ese criterio se sustituya por otro que promueva de mejor manera la justicia y la eficiencia. Por lo anterior, recalcó, no cabe duda de que promueve la justicia la incorporación del requisito de reciprocidad, si se entiende que sólo quienes están dispuestos a hacer justicia, tienen derecho a ella. Pero también promueve la eficiencia, puesto que los incentivos negativos, en este caso, podrán servir para modificar decisiones que, muchas veces, se toman sin considerar en lo más mínimo sus consecuencias para otros.

Con este requisito, lo que le ocurra a otros, a consecuencia de una decisión, podrá también ocurrirle a la persona que ha expresado su voluntad. En efecto, aseguró, obligados a ser empáticas, las personas tendrán una actitud más cuidadosa y, seguramente, más solidaria al momento de decidir qué hacer con sus órganos.

Luego, añadió, de aprobarse la incorporación del principio de reciprocidad en la normativa, debiese necesariamente aprobarse también la norma dispuesta en el inciso tercero del artículo 2° bis de la iniciativa de ley, que deja sin efecto las declaraciones previas a la vigencia de la ley, ya que es de toda lógica que al cambiar las condiciones asociadas a la decisión y ya no ser “gratuito” negarse a ser donante, se debe permitir a la gente variar esa decisión. De lo contrario, se estaría forzando a las personas a una situación que, probablemente, no habrían querido, es decir, la de no poder ser beneficiarios de una donación.

En resumen, culminó, el derecho a la igualdad, tal y como se reconoce en la Constitución, impide la inclusión de diferencias arbitrarias –carentes de justificación e irracionales, según ha declarado el Tribunal Constitucional- pero no la incorporación de diferencias justificadas que promueven un objetivo, a todas luces, deseable y necesario: promover la solidaridad para salvar vidas.

A continuación, el doctor Luis Berr manifestó que la inclusión de la reciprocidad en esta materia será un estímulo para la donación de órganos, a pesar de que esa situación no será aplicable en la práctica, toda vez que es muy difícil que dos personas presenten las mismas condiciones de gravedad.

Por otra parte, también coincidió con la propuesta de que se mantenga la posibilidad de que, ante instancias administrativas, las personas que ya han expresado su posición de no ser donantes, puedan revocarla, con la información necesaria sobre la nueva normativa.

A su vez, el Honorable Senador señor Uriarte recalcó que al legislar se debe tratar de regular la mayor cantidad de casos que pueden acaecer. Sin perjuicio de ello, reflexionó, cuando se hace en función de principios, se debe tratar de que puedan orientar la aplicación de la norma a la mayoría de los casos que se presentan. Con todo, los principios también sirven para orientar la forma en que debe aplicarse una disposición ante una situación de muy difícil ocurrencia, ya que en esos casos atípicos y extremos la legislación también debe contemplar una solución.

El Honorable Senador señor Ruiz-Esquide, por su parte, recordó que, si bien el tema en discusión se ha tratado largamente en las últimas décadas, le parece apropiado lo que se ha realizado en nuestro país sobre la materia. En ese contexto, planteó su posición favorable a la concepción de donante universal, que es una de las más relevantes expresiones de solidaridad entre las personas.

Además, sostuvo que no cree en la existencia de un derecho de propiedad sobre el cuerpo, por lo que la sociedad puede, legítimamente, decidir lo que mejor le parezca con ese organismo en pos del bien común.

Por el contrario, declaró no ser partidario en principio de la noción de la reciprocidad, en primer lugar, por ser impracticable, ya que siempre la ética médica debe operar sobre concepciones técnicas y humanitarias. Incluso, adujo que se podría perjudicar a alguien que pudo adoptar la decisión de no ser donante producto de un error o de una información incompleta.

En definitiva, razonó, los principios éticos en la medicina no pueden ser modificados, toda vez que la inclusión del principio de la reciprocidad podría abrir una puerta a que otro tipo de consideraciones, diferentes a la necesidad médica, también puedan contemplarse a la hora de decidir a quién se le otorga un órgano.

En otro ámbito, puntualizó que la pregunta fundamental que deben hacerse los actores involucrados en este tema es por qué la gente no quiere donar sus órganos. Al respecto, estimó que el individualismo de la sociedad actual y el establecimiento de una cultura de consumo y de lucro, que concibe que toda adquisición de un bien debe ser pagada, están en pugna con la noción de donación.

En conformidad con lo precedentemente expuesto, informó que incluso en España –país líder en materia de donación de órganos– se pretende introducir limitaciones a la donación universal.

Entonces, concluyó Su Señoría, lo que se debe hacer es revisar profundamente los problemas éticos que aquejan al sistema de donación, relacionados especialmente con la motivación del lucro imperante en la sociedad. Por lo anterior, advirtió que bajo ese criterio quizás a lo que se llegue finalmente es a que el Estado o sus ciudadanos tengan que pagar para poder obtener órganos de personas fallecidas, lo que sería extremadamente peligroso.

En último término, expresó que otras trabas al proceso de donación de órganos se basan en prejuicios, como los de tipo

religioso o aquellos que se relacionan con un posible tráfico de órganos o tejidos humanos.

En un sentido opuesto, el Honorable Senador señor Girardi afirmó que la negación del principio de reciprocidad en la donación de órganos representa la primacía del individualismo y, por tanto, la ausencia de solidaridad y de una voluntad de cooperación, por cuanto se consagra la posibilidad de que la gente se desentienda o desvincule de las consecuencias que pueda causar la decisión que adopte en orden a no ser donante.

En efecto, ratificó que con la reciprocidad se abre la posibilidad de que exista una educación frente al tema y una reflexión empática, mediante la cual una persona pueda ponerse en el lugar del otro. Más aún, recordó, cuando se presentó el proyecto de ley que incluyó la noción de donante universal, se había considerado también que incluyera el concepto de receptor universal, en concordancia con la relación que debe haber entre los derechos y deberes que conciernen a todo ciudadano.

A continuación, la profesora señora Alejandra Zúñiga manifestó que existen numerosos estudios en el derecho comparado que han intentado responder la pregunta de por qué la gente, en general, se niega a la posibilidad de ser donante y la mayoría de ellos ha concluido que se debe a que las decisiones relacionadas con la muerte le molesta a la mayoría de las personas, toda vez que se rechaza de plano cualquier decisión sobre esa situación.

Agregó que en España lo que se pretende es incluir la noción de reciprocidad de normativa para ampliar el número de donantes, ya que se ha demostrado que las personas, con un pequeño estímulo que los haga situarse en el lugar del otro, se convierten en donantes. Lo anterior, a su juicio, demuestra que la mayoría de las decisiones en contrario a la donación no son serias o fruto de un proceso de reflexión.

En definitiva, lo que se propone con aquella medida que estimula la solidaridad, es que las personas razonen adecuadamente sobre las consecuencias que puede acarrear su decisión, puesto que no se debe olvidar que miles de personas mueren al año esperando un órgano.

Concluyó posteriormente que los beneficios de establecer una norma como ésta superan ampliamente a los costos involucrados, por cuanto la posibilidad de que se la norma de reciprocidad se aplique por sobre el principio de necesidad médica es casi nula.

A su turno, el Honorable Senador señor Ruiz-Eskide reiteró que, en su opinión, la única expresión real de solidaridad es la concepción de donante universal, mientras que, al establecer incentivos al donante, la situación podría adquirir un sentido comercial, toda vez que la persona podría optar por ser donante porque recibirá algo a cambio.

Finalmente, el profesor señor Mauricio Tapia comentó que la disposición del inciso tercero del artículo 2° bis propuesto en el proyecto de ley es contraria a muchas disposiciones del sistema jurídico, en especial, por cuanto la ley no puede tener efecto retroactivo y porque no puede presumirse que las manifestaciones de voluntad contrarias a la donación fueron hechas de manera irreflexiva.

En cuanto al principio de la reciprocidad, precisó que no se trata de una concepción ideológica, sino que es el sustrato de toda relación interpersonal al interior de una comunidad, sin perjuicio de reconocer que el tejido social se ha deteriorado enormemente en el último tiempo, en parte, por la destrucción de la educación pública en el país.

Además, advirtió que lo más probable es que por consideraciones médicas no exista la disyuntiva que haga aplicable el principio de la reciprocidad pero, aunque así ocurriese, es de la opinión que dicho elemento de juicio es un criterio suficiente para decidir. No obstante, estimó que sí podría transformarse en una señal importante que permita cambiar las costumbres de las personas en esta materia.

Por último, sugirió que la normativa que en definitiva se apruebe vaya unida a una política pública de apoyo a la promoción de la donación de órganos, toda vez que las leyes, sin ese soporte, son sólo instrumentos de carácter didáctico.

EXPOSICIONES DEL ARZOBISPO DE CONCEPCIÓN, MONSEÑOR FERNANDO CHOMALÍ, DE LA PROFESORA ÁNGELA VIVANCO, DEL PROFESOR EDUARDO ALDUNATE Y DEL PRESIDENTE DE ANATEL, ERNESTO CORONA

En sesión efectuada el día 2 de octubre de 2012, la Comisión recibió las opiniones del Arzobispo de Concepción, de dos profesores de Derecho Constitucional y del Presidente de ANATEL.

El Arzobispo de Concepción, Monseñor Fernando Chomalí Garib, dio comienzo a su exposición dando cuenta de su conformidad con la mayoría de las normas propuestas en el proyecto de ley, toda vez que concuerdan con las características que debe

contemplar una normativa de este tipo, es decir, que tenga una finalidad terapéutica, que constituya un derecho para las personas y que se disponga un carácter gratuito y anónimo de la donación.

Sin embargo, reseñó que, si bien actualmente está en vigencia una ley que establece la concepción de “donante universal”, esa situación se ha desvirtuado, por cuanto, en cierto sentido, el Estado se apodera de una persona al momento de fallecer, salvo que manifieste expresamente su deseo de no ser donante.

Luego, explicó que entre las razones por las cuales, a su juicio, la gente puede mostrar reticencia a ser donante, están aquellas de carácter religioso; la ignorancia invencible, referida a aquellas personas que no comprenden lo que significa ser donante; el temor a que se extraigan órganos de una persona que aún no ha muerto, a pesar de la abundante discusión acerca del momento en que se produce el fallecimiento de un individuo; la falta de información, respecto del fin terapéutico del trasplante de órganos, y, por último, la percepción de que no existe una utilidad manifiesta para quien done.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, precisó que la Iglesia Católica está a favor de la donación de órganos, entre personas vivas o de aquellos provenientes de quienes han fallecido. Incluso, añadió, dicha institución también concuerda con la posibilidad de que órganos o tejidos de animales, genéticamente modificados, puedan ser trasplantados a seres humanos bajo ciertas condiciones.

En cuanto a la disposición contenida en las indicaciones números 1, 2 y 3 formuladas a la iniciativa de ley, que señala que en caso de que varias personas se encuentren en igualdad de condiciones de prioridad para la recepción de un órgano se preferirá a aquella que no esté inscrita en el Registro de No Donantes, expresó que su intención es incentivar a los ciudadanos a ser donantes. No obstante, advirtió que, en cierto sentido, también podría entenderse como un castigo a quien no desea ser donante de órganos.

Esta última situación, razonó, es de gran complejidad, puesto que lo más propio y genuino en la donación de órganos es la libertad de tomar una decisión al respecto y, evidentemente, frente a la posibilidad de que una persona sea castigada por adoptar la postura de no ser donante, es probable que se actúe por temor y no por convicción.

En definitiva, concluyó que una norma de ese tipo iría en contra de los principios básicos que deben regir el sistema de donación, como la gratuidad, el amor y la solidaridad e incentivaría, por

otra parte, la eventualidad de recibir un pago –un órgano- por adquirir la calidad de donante. En ese orden de ideas, recalcó que, en su opinión, una práctica médica no puede quedar al arbitrio de los comportamientos de las personas, ya que ello podría generar discriminaciones arbitrarias y convertir a determinadas personas en pacientes de segunda clase.

Respecto de los criterios que deben tenerse en cuenta al analizar el tema en comento, indicó los siguientes en orden de prelación: el terapéutico, referido a la histocompatibilidad; la urgencia en la atención del paciente; la ubicación en una determinada lista de espera; la cercanía geográfica entre el órgano y el paciente y, en último término, el nivel de impacto que tenga el trasplante de un órgano en la salud del receptor.

En relación al segundo factor mencionado y con el fin de descartar la posibilidad de que se apliquen criterios diferentes a los terapéuticos ante la necesidad de decidir a quién se le otorgará un órgano, citó como ejemplo el caso de que dos personas se encuentren supuestamente en iguales condiciones de urgencia, en que una de ellas está casada y tiene siete hijos y por esa razón ha decidido no ser donante y, por el contrario, la otra persona es soltera y tiene la condición de donante. En esa situación, explicó, el sentido común podría ir en contra de lo que disponga la ciencia médica.

Manifestó que la principal medida que debiera tomarse para incentivar la donación de órganos es fomentar la información sobre la materia, toda vez que, a su juicio, una gran mayoría de los chilenos desconoce que son donantes, a menos que expresen su voluntad en contrario. Esa medida, agregó, ayudaría también a que las familias de los potenciales donantes colaboraran al momento de tener que decidir sobre la condición de donante de su pariente fallecido.

Seguidamente, citó el siguiente discurso del Papa Juan Pablo II, efectuado el año 2000:

“Desde el punto de vista moral, un principio de justicia obvio exige que los criterios de asignación de los órganos de ninguna manera sean “discriminatorios”, es decir, basados en la edad, el sexo, la raza, la religión, la condición social, etc., o utilitaristas, es decir, basados en la capacidad laboral, la utilidad social, etc. Más bien, al establecer a quién se ha de dar precedencia para recibir un órgano, la decisión debe tomarse bajo la base de factores inmunológicos y clínicos. Cualquier otro criterio sería totalmente arbitrario y subjetivo, pues no reconoce el valor intrínseco que tiene toda persona humana como tal, y que es independiente de cualquier circunstancia externa.”.

Finalmente, mencionó tres citas de un discurso del año 2008 del Papa Benedicto XVI, dirigido a la Academia Pontificia para la Vida, del siguiente tenor:

“En estos casos, el consentimiento informado es condición previa de libertad para que el trasplante se considere un don y no se interprete como un acto coercitivo o de abuso. En cualquier caso, es útil recordar que los órganos vitales sólo pueden extraerse de un cadáver, el cual, por lo demás, posee una dignidad propia que se debe respetar.”.

“El acto de amor que se expresa con el don de los propios órganos vitales es un testimonio genuino de caridad que sabe ver más allá de la muerte para que siempre venza la vida.”.

“Una medicina de los trasplantes coherente con una ética de la donación exige de todos el compromiso de realizar todos los esfuerzos posibles en la formación y en la información a fin de sensibilizar cada vez más a las conciencias en lo referente a un problema que afecta directamente a la vida de muchas personas. Será necesario, por tanto, superar prejuicios y malentendidos, disipar desconfianzas y temores para sustituirlos con certezas y garantías, permitiendo que crezca en todos una conciencia cada vez más generalizada del gran don de la vida.”.

- - - - -

A su turno, la profesora de Derecho Constitucional, señora Ángela Vivanco, inició su intervención presentando algunos lineamientos que el derecho internacional ha establecido sobre el tema de los trasplantes de órganos, a efectos de revisar los procedimientos normativos que se asocian con el incentivo de la política de trasplantes y que justifican los cambios legales propuestos.

El primer lineamiento, que se expresa en dos criterios diferentes, continuó, se basa en un documento emitido por la Organización Mundial de la Salud sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos, de fecha 21 de mayo de 2010.

El primero de los criterios, plasmado en el Principio Rector N° 1, establece lo siguiente: “Podrán extraerse células, tejidos y órganos del cuerpo de personas fallecidas para fines de trasplante si se obtiene el consentimiento exigido por la ley y no hay razones para pensar que la persona fallecida se oponía a esa extracción.”. Lo anterior, a su juicio, recalca el carácter voluntario del trasplante y se corresponde con un consentimiento informado.

Luego, añadió que el Principio Rector N° 9 dispone que “la asignación de órganos, células y tejidos deberá regirse por criterios clínicos y normas éticas, y no atendiendo a consideraciones económicas o de otra índole. Las reglas de asignación, definidas por comités debidamente constituidos, deberán ser equitativas, justificadas externamente y transparentes”. En definitiva, destacó que es muy importante que la persona que eventualmente puede ser receptora de algún órgano no sea objeto de discriminación o de represalia por factores diferentes a los médicos.

A continuación, mencionó el segundo lineamiento, contenido en la declaración de la Asociación Médica Mundial sobre donación y trasplante de órganos humanos, adoptada en el mes de octubre del año 2000, que señala que dicha entidad “apoya la decisión informada del donante y que, en ese contexto, las asociaciones médicas nacionales de los países que han adoptado o consideran una política de “consentimiento supuesto”, en la que existe presunción que el consentimiento se ha otorgado, a menos que haya evidencia de lo contrario, o una “decisión por mandato”, en la que a todas las personas se les pediría declarar si desean donar, deben hacer todo lo posible para asegurar que estas políticas no afecten la decisión informada del donante, incluido el derecho del paciente a negarse a donar.”.

En consecuencia, indicó que, si bien el consentimiento presunto es una política que facilita los trasplantes, no debe excluir la posibilidad de que una persona pueda revocar ese consentimiento presunto y negarse directamente a ser donante.

Respecto de los registros destinados a verificar quiénes pueden ser donantes de órganos, expresó que la referida Asociación Médica Mundial ha determinado lo siguiente: “Todos estos registros deben proteger la vida privada de la persona y la capacidad de ésta para controlar la recolección, utilización, entrega y acceso a la información sobre su salud para otros fines independientes del registro. Se deben tomar medidas para asegurar que la decisión sea informada adecuadamente y que los inscritos puedan retirarse del registro sin sanciones.”.

En cuanto a la disposición contemplada en el artículo 2° bis del proyecto de ley, enfatizó que los aspectos que en su opinión deben analizarse detalladamente son la exigencia de que la negativa del presunto donante se exprese a través de un trámite notarial y el hecho de que queden sin efecto, retroactivamente, las declaraciones de voluntad contrarias a la donación expresadas con anterioridad. En tanto, sobre las indicaciones números 1, 2 y 3, planteó la necesidad de estudiar la eventual exigencia de consulta a los familiares del donante

fallecido y el tema de la reciprocidad entre la calidad de donante y la de receptor de un órgano.

Seguidamente, realizó los siguientes comentarios a las referidas normas:

1) El consentimiento informado es un derecho del donante y, por lo tanto, su cuerpo y sus órganos o tejidos de modo alguno pueden ser de propiedad del Estado o del colectivo una vez fallecido.

En ese contexto, razonó, la decisión altruista de donar es parte de la autonomía y del plan de vida de la persona, tanto cuando dona tejidos u órganos viva como cuando toma decisiones para después de su muerte y tienen relación con el sistema de creencias, elección y valores de la persona que, además, está cautelado constitucionalmente.

También manifestó que para que opere un adecuado consentimiento informado, la persona debe conocer en qué consiste la donación de sus órganos una vez fallecida, los criterios de muerte cerebral que se aplican legalmente y los mecanismos normativos que aseguran que no se disponga de su cuerpo, sino en tales situaciones. Además, se debe tener presente que siempre será su derecho rechazar ser donante, lo que no impide el interés social en instar a sus miembros a serlo.

2) El consentimiento presunto debe ser objeto de normas claras y los procedimientos de rechazo expresos deben ser expeditos, es decir, la negativa no debe dificultarse al nivel de que exista una imposibilidad de expresar el rechazo a la donación.

Agregó que el establecimiento de formas onerosas o complejas de negarse a la calidad de donante importa “elitizar” la posibilidad de rechazo y forzar a ser donantes a los más vulnerables. Por ello, consideró que al existir un sistema de consentimiento presunto es importante también contar con procedimientos fáciles, gratuitos y expeditos para quienes deseen oponerse a la calidad de donante, ya que obligar a las personas a que realicen un trámite notarial para exteriorizar su negativa generaría problemas por el desconocimiento de dicha diligencia y su excesivo costo para algunas personas, salvo que puedan optar a ciertos beneficios de privilegio de pobreza.

Concluyó que lo anterior podría significar que sólo las personas más pobres y vulnerables terminen siendo los

donantes y, por el contrario, las personas con mayor información o recursos no lo sean.

Por otra parte, reconoció que la necesidad de contar con órganos para trasplantes ha importado la decisión legal de establecer modelos de consentimiento presunto, considerando que la falta de voluntad expresada importa aceptación. Ello, sin embargo, no debe restar derecho alguno al donante para manifestar en cualquier momento su rechazo, lo cual debe serle informado con claridad.

En último término, acotó que el registro de donantes y la constancia de rechazo deben ser de libre acceso para el interesado, de carácter gratuito y sólo consultables por terceros en caso de verificarse la causal respectiva, esto es, la posibilidad cierta de donación.

3) La modificación o reemplazo de un modelo de consentimiento expreso por uno de consentimiento presunto no puede ser retroactiva, toda vez que la voluntad manifestada legalmente sólo puede ser revocada por el que la ha expresado y no por ministerio de la ley, salvo que se considerara que el rechazo infringe el orden público, lo cual, en su opinión, no se presenta en este caso e, incluso, infringiría las disposiciones sobre consentimiento informado contenidas en la denominada Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes¹.

En ese contexto, precisó que la libertad personal se asocia con el principio de certeza y seguridad jurídica, ya que las personas han expresado su voluntad confiando en que el sistema no revocará su decisión unilateralmente.

Por el contrario, opinó que las claves del éxito de un incentivo a las donaciones de órganos son la promoción de la solidaridad y la seguridad y respeto por la libertad. En cambio, la imposición forzada de modelos presuntivos retroactivos va en sentido opuesto a esa comunicación virtuosa, más aún cuando se vincula a exigencias distantes de la vida diaria de las personas, caras o engorrosas.

Por último, llamó la atención sobre la necesidad de que el registro de donantes sea llevado de modo accesible y transparente, asociado con procedimientos ordinarios como la renovación de documentos diversos, sin costos para el usuario y haciéndose énfasis en la revocación voluntaria del rechazo ya otorgado y no en la imposición estatal de la calidad de donante.

¹ Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

En lo tocante a las razones por las cuales los chilenos se resisten a ser donantes de órganos, la profesora Ángela Vivanco, sobre la base de un estudio realizado en la Región de Los Lagos², mencionó las consideraciones religiosas; la impresión de que ser donante implicará inferior atención médica en caso de accidente; el desacuerdo de la familia, y la impresión de que sus órganos podrían ser traficados por dinero o no destinarse a receptores necesitados de ellos.

Todo lo anteriormente señalado, en su criterio, evidencia desconocimiento de la ley; ignorancia acerca del procedimiento, efectos y modalidades de la declaración de muerte cerebral; impresiones equívocas acerca de objeciones religiosas; desconfianza institucional, y situaciones no consensuadas con la familia.

Finalmente, sobre las soluciones a la situación planteada, sostuvo que deben ser de carácter comunicacional, informativas y de incentivo social.

4) La intervención de terceros procede cuando el donante no ha podido manifestar su voluntad, de aceptación expresa, si procede, o de rechazo, toda vez que el derecho del donante es personal y no opera por representación, salvo cuando no ha podido exteriorizar su decisión por ausencia de competencia.

A ese respecto, comentó que las personas que no cuentan con la competencia necesaria no pueden aceptar ser donantes ni tampoco les son aplicables las reglas del consentimiento presunto, por lo que si estas personas fallecen es, entonces, indispensable acudir a sus representantes legales para disponer de sus órganos. Por el contrario, si hay un sistema de consentimiento presunto o ha habido voluntad expresa de rechazo y el presunto donante era competente, es improcedente solicitar intervención alguna a sus representantes o herederos.

5) La exigencia de reciprocidad importa una represalia, inequidad y estigmatización, que va en sentido opuesto al consentimiento informado y contra el altruismo propio de las donaciones y de la necesidad de incentivar la donación como un hecho generoso y no como una acción que se realiza por temor.

En conformidad con lo expuesto, recalcó que ante la alta demanda de trasplantes es indispensable establecer criterios equitativos para la determinación de los receptores, por cuanto el trasplante no puede ser instrumento de premio o de castigo, sino que es una prestación social a la que toda persona tiene derecho. En otras palabras, reflexionó, la decisión de quién puede ser receptor de un

² Estudio Región de los Lagos, Chile, Revista ANACEM, Vol. 6 N° 2, 2012.

órgano entre personas con iguales condiciones médicas o clínicas, no puede ser una cuestión que importe discriminaciones arbitrarias o represalias.

Finalizó sus comentarios señalando los criterios que se aplican con mayor frecuencia para facilitar el reparto de un recurso escaso como los órganos para trasplante. Ellos son la edad, es decir, no admitir como candidatos a trasplante a personas que superen cierto número de años; la causa de la enfermedad, y los criterios médicos, atendiendo a la expectativa de mejorar las condiciones de vida del receptor, la adecuada compatibilidad tisular y la capacidad para soportar el período postoperatorio.

Al concluir su intervención, la profesora Ángela Vivanco reiteró que suscribe que nuestro país incentive la gratuidad y el altruismo en materia de trasplantes, lo que se condice con criterios de solidaridad y de libertad personal cautelados constitucionalmente. Por el contrario, advirtió que si se pretende confiar en las decisiones que adopten las personas, ellas no pueden ser intermediadas por el Estado mediante represalias ni tampoco se deben transformar en procedimientos que dificulten de tal manera la expresión de voluntad que imposibiliten a los individuos revocar la calidad presunta de donante que se impone legalmente.

A continuación, el profesor de Derecho Constitucional, señor Eduardo Aldunate Lizana, manifestó que, no obstante concordar con los principios expuestos precedentemente sobre la necesidad de gratuidad y expedición del trámite requerido para declararse no donante, a los reparos a la constitucionalidad de la disposición que pretende dejar sin efectos las inscripciones, por su arbitrariedad, y a la inconveniencia de consultar a los familiares cuando una persona competente no ha manifestado su voluntad contraria a la donación, puntualizó que el régimen de donación debe necesariamente otorgar, en el momento en que se toma la decisión, claridad, certeza y expedición, a fin de superar rápidamente la barrera jurídica y pasar al procedimiento médico propiamente tal.

En ese sentido, razonó, la idea de que la persona sea considerada donante a menos que se presente una documentación fidedigna en que conste que en vida manifestó su voluntad de no serlo, genera un impedimento a la posibilidad de realización de un trasplante, salvo que se defina un breve plazo para esa exhibición. Por lo tanto, indicó que una medida adecuada la constituiría la consolidación de un registro de donantes de fácil consulta y no la presentación de un documento.

Sin perjuicio de lo anterior, advirtió que el registro ya señalado debiera abrirse sólo una vez que se haya ingresado el respectivo certificado de defunción del potencial donante, a fin de prevenir el hecho de que la persona pudiera ser objeto de un tratamiento inadecuado en caso de que tenga esa calidad. En ese escenario, planteó que la figura del notario es innecesaria, puesto que la misma declaración se podría realizar ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, que cuenta con los medios técnicos para dar absoluta certeza sobre la condición de donante de una persona.

Respecto de la reciprocidad, adujo que no le parece una medida que sea inconstitucional por su eventual arbitrariedad, ya que, en su opinión, posee un fundamento plausible y no es carente de toda racionalidad, al ubicarse en la base de la denominada “ética Kantiana”, en el sentido de “actuar de tal manera, que el propio comportamiento se pueda alzar en regla universal de conducta”. Incluso, informó que analizó las razones religiosas que se han esgrimido para no ser donante, pero en todos los casos que examinó concluyó que, por las mismas razones, esas personas tampoco podrían ser receptoras de órganos.

Por otro lado, afirmó que en el caso de que dos personas estén en igualdad de condiciones para ser potenciales receptoras de un órgano y una de ellas ha declarado su voluntad de ser donante, más que una sanción en contra de la otra, se está en presencia de un criterio de “última ratio” para efectuar la decisión.

Para finalizar su exposición, acotó que en el momento en que una persona puede declarar su voluntad de no ser donante, tal como lo propone la iniciativa de ley, no se manifiesta el carácter inminente y actual de la amenaza, que debe estar configurado para afectar la libertad y viciar la declaración. En definitiva, la supuesta coacción no puede ser a futuro, sino que debe presentarse en el instante en que el individuo está tomando la decisión.

- - - - -

A su vez, el Presidente de la Asociación Nacional de Televisión, ANATEL, señor Ernesto Corona, explicó que los medios de comunicación recaban sus ingresos fundamentalmente de los avisos publicitarios, lo cual permite cubrir sus gastos permanentes.

Respecto de los temas que son de interés de la sociedad, argumentó que el criterio adoptado por su entidad es que cada canal de televisión sea libre de acoger las peticiones que reciben de diferentes instituciones.

Luego, destacó que la entidad que representa ha realizado dos campañas importantes. La primera de ellas es la Teletón, que además de los fondos que reúne, ha promovido un cambio cultural sobre la forma en que se trata a los discapacitados y la conciencia que se tiene del problema.

En segundo lugar, resaltó que este año 2012 se ha realizado una campaña denominada “Chile Donante”, que se originó por inquietudes de algunos ejecutivos de televisión, lo cual fue posteriormente acogido por su asociación gremial, bajo la condición de que existiese consenso entre todos los canales y que el tema tuviese una trascendencia nacional y un apoyo transversal de todos los sectores sociales. Además, se resguardó que la campaña no fuese contaminada con un provecho político para algún grupo determinado.

Agregó que una vez asegurados los objetivos antes señalados, se puso a disposición de la campaña un equipo comunicacional que realizó, previamente, un análisis sobre las causas por las cuales, no obstante existir una gran cantidad de donantes, finalmente no se concretan los trasplantes. Efectuado el diagnóstico, se llegó a la conclusión de que la campaña debía impactar de manera importante a la teleaudiencia y no estar dirigida a promover que las personas tuvieran la calidad de donantes, sino a que sus familiares, una vez fallecido, respetaran su voluntad de donar sus órganos. Ello se plasmó en un spot televisivo que ya ha sido exhibido por los canales y que, hasta el momento, ha tenido una respuesta sorprendente, puesto que según datos entregados por el Ministerio de Salud la cifra de donaciones ha aumentado en un 50%.

En ese orden de ideas, manifestó que el rol de la ANATEL ha sido informar adecuadamente a la población, con el objetivo de que las personas puedan tomar libremente sus decisiones sobre la materia y tomen conciencia de la importancia de la donación de órganos.

- - - - -

A su turno, el Honorable Senador señor Chahuán recalcó la necesidad de mejorar la actual legislación sobre donación de órganos y la relevancia del aviso de televisión que ha podido revertir en parte la tendencia a la baja en la cantidad de donantes, teniendo en cuenta que en Chile hay más de 1.800 personas que están a la espera de un órgano, otras 1.500 que requieren urgentemente tejidos y 1.500 más, aproximadamente, que están en riesgo por falta de medidas de carácter preventivo.

En definitiva, razonó, existen alrededor de 5.000 chilenos que están en riesgo, por no contar con una legislación adecuada y con una cultura de la solidaridad que es necesario implementar en materia de donación. No obstante, recordó que también está pendiente la disponibilidad de recursos por parte del Ministerio de Salud para lograr una procura oportuna de los órganos.

Respecto de las objeciones presentadas al proyecto de ley, recalcó que coincide con los reparos a la norma que deja sin efecto las inscripciones en el Registro de No Donantes, puesto que, en cierto sentido, se estaría expropiando la autonomía de la voluntad por medio de una ley, sin perjuicio de que se pueda establecer un mecanismo para preguntar nuevamente a las personas si desean revocar su voluntad contraria a ser donante.

Finalmente, también manifestó su posición contraria al principio de reciprocidad, toda vez que es muy complejo en la práctica médica poder establecer la equivalencia de condiciones de urgencia entre dos pacientes.

En ese sentido, Su Señoría hizo reserva de constitucionalidad ante la eventual aprobación de esta norma, puesto que, a su juicio, afecta la garantía contenida en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

- - - - -

- Puesto en votación el inciso final del artículo 2° bis propuesto en las indicaciones números 1, 2 y 3, fue aprobado por la mayoría de los miembros presentes de la Comisión. Votaron a favor los Honorables Senadores señores Girardi, Rossi, Ruiz-Esquide y Uriarte. Se pronunció en contra el Honorable Senador señor Chahuán.

- - - - -

Indicaciones números 4, 5, 6 y 7

Las indicaciones números 4, del Honorable Senador señor Coloma, 5, del Honorable Senador señor García-Huidobro, 6, del Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, y 7, de la Honorable Senadora señora Von Baer, tienen como propósito suprimir el inciso tercero del artículo 2° bis propuesto.

No obstante, como consecuencia de la aprobación previa de las indicaciones números 1, 2 y 3, que reemplazan en su totalidad el artículo 2° bis aprobado en general por el Senado, lo

cual cumple el objetivo para el cual se formularon las propuestas de supresión del inciso tercero, **la Comisión, por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores Chahuán, Girardi y Uriarte, acordó rechazar las indicaciones números 4, 5, 6 y 7.**

MODIFICACIONES:

En mérito de los acuerdos precedentemente expuestos, la Comisión de Salud tiene el honor de proponer la siguiente modificación al proyecto de ley aprobado en general por el Senado:

Artículo Único

Númeral 1)

- Ha sustituido el artículo 2° bis propuesto por el 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, 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 excluye 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.”.

(Indicaciones números 1, 2 y 3 y artículo 121, inciso final, del Reglamento del Senado, respecto de los incisos primero a quinto, unanimidad 4x0. Inciso final, mayoría 4x1).

- - - - -

TEXTO DEL PROYECTO DE LEY

En virtud de las modificaciones anteriormente reseñadas, el proyecto de ley queda como sigue:

“Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 19.451, que establece normas sobre trasplante y donación de órganos:

1) Reemplázase el artículo 2° bis por el 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, 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 excluye 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.”.

2) Derógase el artículo 9°.

Artículo transitorio.- Esta ley entrará en vigencia el primer día del cuarto mes siguiente a su publicación.”.

- - - - -

Acordado en sesión celebrada con fecha **31 de julio de 2012**, con asistencia de los Honorables Senadores señores Gonzalo Uriarte Herrera (Presidente), Francisco Chahuán Chahuán y Guido Girardi Lavín; en sesión celebrada con fecha **4 de septiembre de 2012**, con asistencia de los Honorables Senadores señores Gonzalo Uriarte Herrera (Presidente), Francisco Chahuán Chahuán, Guido Girardi Lavín y Fulvio Rossi Ciocca; en sesión celebrada con fecha **11 de septiembre de 2012**, con asistencia de los Honorables Senadores señores Gonzalo Uriarte Herrera (Presidente), Francisco Chahuán Chahuán, Guido Girardi Lavín y Mariano Ruiz-Esquide Jara; en sesión celebrada con fecha **2 de octubre de 2012**, con asistencia de los Honorables Senadores señores Gonzalo Uriarte Herrera (Presidente), Francisco Chahuán Chahuán y Mariano Ruiz-Esquide Jara; en sesión celebrada con fecha **11 de diciembre de 2012**, con asistencia de los Honorables Senadores señores Gonzalo Uriarte Herrera (Presidente), Francisco Chahuán Chahuán y Guido Girardi Lavín, y en sesión celebrada con fecha **8 de enero de 2013**, con asistencia de los Honorables Senadores señores Gonzalo Uriarte Herrera (Presidente), Francisco Chahuán Chahuán, Guido Girardi Lavín, Fulvio Rossi Ciocca y Mariano Ruiz-Esquide Jara.

Valparaíso, a 11 de enero de 2013.

PILAR SILVA GARCÍA DE CORTÁZAR
Secretaria

FERNANDO SOFFIA CONTRERAS
Secretario

RESUMEN EJECUTIVO

SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE SALUD, RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE REEMPLAZA LOS ARTÍCULOS 2° BIS Y 9° DE LA LEY N° 19.451, QUE ESTABLECE EL MODO DE DETERMINAR QUIÉNES PUEDEN SER CONSIDERADOS DONANTES DE ÓRGANOS.

(BOLETÍN N° 7.849-11)

I. PRINCIPAL OBJETIVO DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN: modificar la ley N° 19.451, que establece normas sobre trasplante y donación de órganos, con la finalidad de reforzar la idea central de que toda persona es donante de órganos, salvo que expresamente señale lo contrario.

II ACUERDOS:

Indicaciones números 1, 2 y 3:		
Inciso primero	Aprobado	4x0
Inciso segundo	Aprobado con modificaciones	4x0
Inciso tercero	Aprobado con modificaciones	4x0
Inciso cuarto	Aprobado	4x0
Inciso final	Aprobado	4x1 (Honorable
Senadores señores Girardi, Rossi, Ruiz-Esquide y Uriarte. Votó en contra el Honorable Senador señor Chahuán).		
Indicación N° 4	Rechazada	3x0
Indicación N° 5	Rechazada	3x0
Indicación N° 6	Rechazada	3x0
Indicación N° 7	Rechazada	3x0

III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN: un artículo permanente y uno transitorio.

IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: no tiene.

V. URGENCIA: no tiene.

VI. ORIGEN e INICIATIVA: Moción de los Honorables Diputados señores Enrique Accorsi Opazo, Jorge Burgos Varela, Juan Luis Castro González, Javier Macaya Danús, Manuel Monsalve Benavides, Marco Antonio Núñez Lozano y Alberto Robles Pantoja, de la Diputada señora Karla Rubilar Barahona y de los Diputados señores Víctor Torres Jeldes y Matías Walker Prieto.

VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL: segundo trámite.

VIII. INICIO DE LA TRAMITACIÓN EN EL SENADO: 9 de noviembre de 2011.

IX. TRÁMITE REGLAMENTARIO: segundo informe.

X. LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

- Ley N° 19.451, que establece normas sobre trasplante y donación de órganos.

- Ley N° 20.413, que modifica la ley N° 19.451, con el fin de determinar quiénes pueden ser considerados donantes de órganos y la forma en que pueden manifestar su voluntad.

- Del Código Sanitario, el Libro IX, sobre aprovechamiento de tejidos o partes de un donante vivo y de la utilización de cadáveres, o parte de ellos, con fines científicos o terapéuticos.

- Decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Justicia, de 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley N° 16.618, ley de menores, de la ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.

- - - - -

Valparaíso, 11 de enero de 2013.

FERNANDO SOFFIA CONTRERAS
Secretario de la Comisión

ÍNDICE

Constancias	2
- Audiencias:	
a) Asociación Nacional de Televisión	3
b) Fundación Deportistas por un Sueño	5
Discusión y Votación en Particular	6
- Exposiciones:	
a) Prof. Mauricio Tapia Rodríguez	16
b) Prof. Alejandra Zúñiga Fajuri	20
c) Mons. Fernando Chomalí Garib	25
d) Prof. Ángela Vivanco Martínez	28
e) Prof. Eduardo Aldunate Lizana	33
f) Sr. Ernesto Corona Bozzo	34
Modificaciones	37
Texto del proyecto de ley	38
Resumen ejecutivo	41
Índice	43