MODIFICA LA LEY N°19.451, QUE ESTABLECE NORMAS SOBRE TRASPLANTE Y DONACIÓN DE ÓRGANOS, PARA SANCIONAR PENALMENTE LA PÉRDIDA O INUTILIZACIÓN DE ÓRGANOS DESTINADOS A SER PROCURADOS Y TRASPLANTADOS

BOLETÍN N° 12905-11

FUNDAMENTOS Y ANTECEDENTES

1. ***La crítica situación de donación y trasplante de órganos en el país como resultado de distintos traspiés legislativos***

Un primer punto que tratar en materia de establecer medidas que fomenten la donación y el trasplante de órganos en el país es reconocer que esta necesidad atraviesa por una situación crítica desde hace ya varios años.

Efectivamente, tanto la evolución legislativa en materia de donación y trasplante, así como la voluntad de las personas para ser donantes, han jugado en contra de lograr buenos resultados.

Tal como nos señalan datos entregados por la Corporación Nacional del Trasplante, mientras el promedio de los países OCDE oscila entre 20 a 30 donantes por cada millón de habitantes y una tasa de negativa de la familia de alrededor de un 20%, en Chile la tasa de donación se ha circunscrito en torno a sólo 7 donantes por cada millón de habitantes y una negativa familiar de 51%[1]. Esto trae como consecuencia una alta mortalidad en la lista de espera de órganos, la que en 2016 alcanzó un 17%[2].

En el mismo contexto, si deseamos contrastar cifras con países exitosos en la materia, España presenta los mejores resultados en todo el mundo desde hace 26 años. Allí, la tasa de donantes es de 47 personas por cada millón, habiéndose realizado más de 5.000 trasplantes en 2017[3].

Es paradójico y a la vez lamentable, que un país como Chile hoy enfrente esta realidad. Cabe recordar, que en 1954 se constató el primer trasplante en el mundo, de riñón, realizado en Estados Unidos y sólo 12 años después está técnica terapéutica ya era aplicada en Chile. En 1968, el doctor Jorge Kaplán llevó a cabo el primer trasplante de corazón, sólo 1 año después de haberse practicado por primera vez en el planeta.

---

1 Ana María Arriagada, Sara Maquilón y Carlos Benítez (2018): "*Donación y trasplante de órganos en Chile*", En: Revista Médica de Chile, N° 146, pp. 675-676.
2 *Ibid.*
3 Nota de la Sociedad Chilena del trasplante, disponible en: https://www.sociedaddetrasplante.cl/utilidades/noticias/noticias-cientificas/251-espa%C3%B1a-l%C3%ADder-mundial-en-trasplantes-y-donaciones-por-26%C2%BA-a%C3%B1o-consecutivo.html

Actualmente rige en Chile el carácter de donante universal, pero el mismo es fruto de constantes modificaciones legislativas que se han introducido a la Ley N° 19.451 sobre trasplante y donación de órganos[4]. Este fue recién introducido en 2010 en la legislación, por lo que, antes, el acto de donación era voluntario y dependiente, en lo general, de la voluntad de la familia, la que se encontraba en una situación crítica ante la muerte de un ser querido y se enfrentaba subrepticiamente a la decisión de donar o no donar los órganos de aquél.

Pese a que se introdujo el carácter de donante universal, se eligió un mecanismo poco idóneo para manifestar contrariedad a la decisión de donar y se dispuso que ello debía señalarse en la obtención de cédula de identidad o licencia de conducir, lo que rápidamente alimentó un registro de no donantes en atención a que, en dicho trámite, las condiciones y la información necesaria para tomar esta decisión eran prácticamente nulas. Así, a la época, mucha gente manifestaba que no deseaba estar en el registro de no donantes y restaba validez a la "decisión" tomada en los trámites señalados. En 2013 se modificó la ley para que las personas manifestaran su deseo de no ser donante debiendo efectuar una declaración ante notario público, la que era inscrita en el registro nacional de personas no donantes del Registro Civil. Asimismo, las personas que habían ya manifestado su voluntad de no ser donante según el mecanismo anterior debían también efectuar la misma declaración ante notario para salir de dicho registro. Si bien la nueva exigencia desalentó que las personas se inscriban como no donantes (hay que ir al notario y pagar por el trámite), también desalentó que las personas salgan del registro (por el mismo motivo)

Recién en marzo de este año, mediante una reforma a la Ley N° 19.451 sobre donación y trasplante de órganos, se aclaró y facilitó la vía para salir del registro de no donantes y se consagró el requisito de que para manifestar la intención de no ser donante se debía concurrir a declarar aquello ante un notario.

Tras casi 10 años, Chile cuenta hoy con una real idea de donante universal en la ley, habiéndose establecido requisitos formales que fomentan la donación. Así, es de esperar que esta evolución legal produzca de manera efectiva una mejora en las tasas de donación.

2. *Las conductas que conllevan una pérdida de órganos que estaban destinados a ser procurados y trasplantados ameritan ser sancionadas*

La actual legislación debe ser protegida, en el sentido de incentivar la donación efectiva e impedir que otras manifestaciones de voluntad, como la de la familia, imposten la real intención del donante.

---

4 En Chile, la Ley N° 19.451 sobre trasplante y donación de órganos establece en su artículo 2 *bis* la condición de donante universal: "*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*."

La ley contempla el pronunciamiento de la familia, en todos aquellos casos en que no haya claridad sobre la calidad de donante del paciente que así podría serlo. Esto último se constata cuando el paciente figura en el registro de no donantes o existen documentos que manifiestan una contrariedad a su supuesta calidad de donante. Con todo, no verificándose estas circunstancias, el médico no puede, ni debería, contrariar la voluntad del paciente, debiendo entonces procurar los órganos.

Se sostiene que aquel caso en que el médico, equipo sanitario o autoridad de idéntica naturaleza no respeta la intención del donante (expresada en su ausencia del registro de no donantes) no constituye sólo un incumplimiento legal, que debe ser sancionado por la vía administrativa, sino que puede contener un injusto que afecta en contra de la vida e integridad de los pacientes que se encuentran en espera de un órgano para sobrevivir. Misma situación se constata cuando, de manera dolosa o negligente (culposa), se genera una pérdida de los órganos que estaban destinados a ser trasplantados.

Sería posible construir una posible imputación penal por el cuasidelito de homicidio culposo (no intencional) en aquel caso en que una negligencia y no observancia de deberes de cuidado, ocasionen la pérdida de órganos que estaban destinados a ser procurados y trasplantados y de ello se produzca la muerte del paciente que esperaba dicho órgano.

Con todo, tal construcción penal sería excesivamente tensa, ya que importaría demostrar cómo es que la culpa del actor ocasiona efectivamente la muerte del paciente, cuya salud está cruzada por una enfermedad potencialmente letal, haciéndolo merecedor además de un reproche penal drástico, como lo es el del homicidio. Efectivamente, el homicidio culposo no presenta una culpabilidad en que se distinga la intención positiva de matar, pero sí un resultado igualmente lesivo derivado de la inobservancia de deberes de cuidado o de conducta. Asimismo, es relevante la previsibilidad del resultado de muerte como producto de la conducta poco diligente[5].

Sostenemos que dichos elementos típicos se presentan también en aquellas conductas que importan la pérdida de órganos que estaban destinados a ser trasplantados. En primer lugar, el tratamiento de dichos órganos exige deberes de cuido de índole administrativa y clínica, para los encargados de gestionar, coordinar y concretar la procuración de estos. En segundo lugar, la inobservancia de tales deberes puede significar un resultado lesivo para el paciente que se vería beneficiado con el trasplante, en el sentido de impedir una mejora en su salud o evitar el acto que por su parte obstaría a su muerte (el trasplante)

Así las cosas, de conformidad al número 13 del artículo 10 del Código Penal, los cuasidelitos pueden ser sancionados expresa y excepcionalmente y, se sostiene, es el caso de las conductas que por acción u omisión conllevan la pérdida de órganos. Ejemplos patentes y claros de esta conducta serían la de obstar a la voluntad del donante (no respetarla pese a que era manifiesta y no se cumplían los requisitos legales

---

5 Solange Silva Quilodrán (2010) "*Nuevas tendencias en delitos contra la vida: el homicidio*", Memoria de Licenciatura, Universidad de Chile, p. 82.

para verificarse la situación de duda sobre la misma) o bien la de no respetar los deberes de cuidado, administrativos o clínicos que apuntan a concretar la procuración de los órganos y el trasplante.

Se propone, en consecuencia, tipificar de manera penal los hechos que, intencional o negligentemente, signifiquen la pérdida o la inutilización de órganos que estaban destinados a ser procurados y trasplantados, asignando a dicho acto una pena de presidio o reclusión menor en su grado mínimo (61 a 540 días)

IDEA MATRIZ

La presente iniciativa modifica la Ley N° 19.451 sobre trasplante y donación de órganos con el objeto de tipificar y sancionar hechos que, dolosa o negligentemente, tengan como consecuencia la pérdida de órganos que estaban destinados a ser trasplantados.

NORMATIVA LEGAL VIGENTE AFECTADA POR EL PROYECTO

Ley N° 19.451 sobre trasplante y donación de órganos

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO: Agréguese un nuevo artículo 13 *ter* a la Ley N° 19.451, del siguiente tenor:

"Será sancionado con pena de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, toda aquella persona por cuya acción u omisión ya sea intencional o negligente, se produzca la pérdida y/o inutilización de órganos que estaban destinados a ser procurados y trasplantados."

_____

JORGE DURÁN ESPINOZA