



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho



T E S I N A

JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y NUEVA LEY DE DONACIÓN DE ÓRGANOS ¿UN AVANCE HACIA LA
EQUIDAD?

Algunas consideraciones en miras de un nuevo paradigma

Alumnos: María del Pilar Merino Santander – Mack Urtubia Rojas

Profesora Guía: Alejandra Zúñiga Fajuri

Valparaíso, Noviembre de 2014.

RESUMEN

La ley 20.673 de 2013 es la más reciente modificación a la ley de donación de órganos, y supone no sólo consolidar el sistema de consentimiento presunto, introducido en la anterior modificación legal, sino además incorpora el principio de reciprocidad, a propósito del cual surgen interesantes preguntas de fuerte contenido ético que se responderán en las siguientes páginas. ¿Es ético o moral merecer un órgano estando en necesidad vital de recibirlo? Las magras tasas de donación han llevado a autores señalar que el modelo de donación basado en el altruismo ha alcanzado su límite y a vislumbrar, entonces, nuevas perspectivas en la materia. En esta línea nos preguntamos qué tan indeleble es el límite impuesto por el legislador a la donación y cuestionamos la titularidad de los órganos post mortem según el modelo imperante.

**DONACIÓN DE ÓRGANOS – JUSTICIA DISTRIBUTIVA – RECIPROCIDAD –
ÓRGANOS POST-MORTEM – CONFISCACIÓN**

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. CAPITULO I: Análisis de la legislación vigente en materia de trasplantes.....	7
2.1 Ley 19.451 y modificaciones.....	8
2.2 Breve crítica.....	9
2.2.1 La negativa familiar y la asimetría de información.....	10
2.2.2 ¿Hacia un nuevo paradigma?.....	13
3. CAPITULO II: Algunos dilemas a propósito de la donación de órganos.....	15
3.1 Principio de Reciprocidad.....	15
3.1.1 Respuesta a las principales críticas.....	16
3.1.2 Efectos probables de la adopción del principio.....	20
3.2 Titularidad de los órganos post mortem.....	22
3.2.1 Modelo de la Confiscación y los órganos como bienes públicos.....	26
4. CONCLUSIONES.....	29
5. BIBLIOGRAFÍA.....	32

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la medicina, particularmente lo relativo a la donación de órganos, ha posibilitado salvar miles de vidas humanas, ante un escenario que científicamente es cada vez más auspicioso, pues, se han reducido significativamente las tasas de rechazo entre el receptor y el órgano, aumentando de esta forma el tiempo y la calidad de sobrevivencia del primero. A pesar de que la técnica del trasplante de órganos data de principios del siglo XX, con la experimentación en animales, fue recién en los 60 cuando en la praxis se evidencia una mejora significativa con las técnicas de inmunosupresión y la realización de los primeros trasplantes de riñón y corazón que se practicaron en Chile en la misma década, siendo nuestro país uno de los pioneros a nivel mundial.¹

Es en este contexto en que el legislador introdujo las primeras regulaciones legales en la materia². Es así como la ley 19.451, promulgada el 29 de marzo de 1996, que establece normas sobre trasplante y donación de órganos, creando de paso la Comisión Nacional del Trasplante, se convierte en la primera regulación. Sin embargo, ante el poco impacto social, dicha normativa fue modificada por la Ley 20.413, promulgada el 6 de enero de 2010. Esta modificación, conocida como “Ley de Donante Universal”, determina el tránsito entre el sistema de “*respuesta requerida*” consagrado en la anterior normativa, al de “*consentimiento presunto*”. (Contreras, 2011: P. 76). En el derecho comparado se utilizan los anglicismos *opt in*, y *opt out*,³ para aludir a ambos conceptos respectivamente. (Rodríguez y Casado, 2009: P.190)

El sistema de consentimiento presunto se afianzó con la más reciente modificación, la Ley 20.673, promulgada en 2013, la cual para enfrentar el gran escollo que se erige para la efectividad del sistema de donaciones de órganos en Chile, cual es la escasez de donantes, reduce las posibilidades de manifestar la voluntad de no serlo a sólo uno, a saber: que el potencial donante presente una documentación fidedigna, otorgada ante notario público, en la que conste que en vida manifestó su voluntad de no serlo.

¹ El primer trasplante de corazón en Chile, se realizó en 1968. La primera intervención de este tipo se realizó sólo un año antes en Sudáfrica.

² En cuanto a la regulación legal, Chile no fue pionero. En 1968 y 1971, Brasil y Uruguay, respectivamente, ya tenían una regulación legal en materia de trasplante.

³ Es ésta nomenclatura la que utilizaremos en el presente trabajo, a fin de hacer mención a los dos grandes sistemas descritos.

De este modo, la legislación vigente, siguiendo el modelo utilizado en el paradigma mundial en la materia, como lo es España, consagra el sistema de consentimiento presunto, pero no sólo eso, sino además, innova en relación a este último modelo⁴, introduciendo un principio que sólo tres países del mundo han acogido⁵: la reciprocidad. Esto es, que entre dos receptores de igual condición, se priorice a quien sea donante.

El objetivo de esta tesina será analizar la legislación vigente, haciendo especial hincapié en este aspecto innovador ya mencionado, así como también a otros dilemas de fuerte contenido ético que reviste una ley que regula aspectos de esta naturaleza. Para ello, en el primer capítulo analizaremos de manera crítica la legislación vigente, no sólo a luz del propio texto, sino además de la historia de la ley, y las modificaciones que ha experimentado la misma, lo que nos permitirá vislumbrar la intención del legislador, dejando en evidencia ciertas contradicciones que se justifican en la necesidad de elevar las tasas de donantes y hacer más eficiente el sistema de donaciones y trasplantes.

En un segundo capítulo se abordará dos temas centrales de análisis a propósito del marcado contenido ético que reviste la regulación legal. En primer término, lo relativo al principio de reciprocidad, lo que nos lleva a plantearnos la siguiente interrogante: ¿Es ético o moral *merecer* un órgano, estando en necesidad vital de recibirlo? Esta interrogante es de total pertinencia, pues, la intención que subyace en el legislador ha sido incentivar la donación de órganos, fomentando el sentido de solidaridad, clave en un sistema como el nuestro basado en el altruismo. En seguida analizaremos lo relativo a la titularidad de los órganos *post mortem*, ante lo cual desde ya nos preguntamos ¿Qué tan irrestricto es el respeto a la voluntad de la persona difunta en las legislaciones modernas que no justificaría la *apropiación* del Estado de los órganos ante la escasez de donantes? El análisis de los capítulos descritos nos permitirá concluir que por la relevancia de la temática propuesta, resulta imperioso un debate que trascienda a la mera regulación legal, pues la eficacia del sistema de donación de órganos se sustenta en una amalgama de variantes, entre ellas, la disponibilidad de potenciales donantes, la inversión del Estado en el cuidado a la salud, así como también la infraestructura para realizar los trasplantes, y junto con ello, el aspecto sociológico que subyace de las magras tasas de

⁴ El modelo español posee un sistema de consentimiento tácito, universal (vale decir, sin condición para recibir el órgano) y absoluto.

⁵ Chile se suma a Israel y Singapur, quienes han introducido la reciprocidad en sus leyes de donación de órganos.

donación. Sin embargo, concluiremos además, que respecto a este último punto el derecho es un actor relevante, y que a partir de él, es posible producir cambio social y propiciar cambios culturales, avanzando así hacia a una sociedad más equitativa y cohesionada.

Es así como el sistema de consentimiento presunto, y condicionado al principio de reciprocidad, parece ser la concreción de principios morales mínimos que deben estar presentes en una sociedad y el exigir ser donante si se quiere ser potencialmente receptor de un órgano, es muestra de aquello.

Con desazón miramos las tasas de donación y la ineficiencia de los modelos, incluso del mismo sistema español⁶, lo que nos debe llevar con premura a encaminar el debate hacia nuevas perspectivas, y a vislumbrar desde ya nuevas soluciones. ¿Qué tan indeleble es el límite que los legisladores han impuesto a la donación de órganos?

El sistema basado en el altruismo parece estar alcanzando sus límites, y ante tal escenario de escasez, y la necesidad de un sistema en que el Estado proporcione condiciones de asistencia sanitaria mínimas, debemos contar con nuevos criterios que nos permitan distribuir los recursos públicos.

⁶ Algunos estudios sitúan el umbral de donantes- el número de donantes potenciales- en 50 por millón de habitantes.

2. Capítulo I: ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN CHILE EN MATERIA DE TRASPLANTE

El modelo español de donación de órganos, se erige como el más exitoso del mundo. Según datos entregados por la Organización Nacional de Trasplantes (ONT), organismo protagonista en aquel modelo, sin el cual no sería posible entender el éxito (en comparación al resto de países) de aquel sistema, de los más de 113 mil trasplantes realizados en el mundo el año 2012, el 4% fue realizado en España. Con más de 1.643 donaciones y 4.211 trasplantes efectuados, el país ibérico sigue ostentando un liderazgo indiscutido, el cual no parece peligrar.

¿Cuál es la razón del éxito del modelo español, el que ha sido imitado en números países del mundo, introduciéndole algunas variantes en razón del lugar en el cual se implementa? Las respuestas son muchas, algunos expertos hacen mayor énfasis en algunas u otras variables. Empero, las que más se reiteran son tres: la calidad técnica de los profesionales, una legislación pionera, y un sistema de coordinación de las intervenciones público y equitativo.

Si bien es cierto, la ponderación de una u otra no es clara, parece ser, como concluiremos, que el factor relativo a la legislación no es el decisivo. Esto explica, por ejemplo, que Grecia, con un sistema similar al de España, ostente cifras tan magras como las de Chile. Sin embargo, la regulación legal es necesaria; la adopción de uno u otro sistema puede ser el ápice para la consolidación de un modelo exitoso, si es acompañado por los otros factores descritos, y en el peor de los casos, un buen y necesario primer paso.

Es así como podríamos agrupar los sistemas de donación presentes en el derecho comparado básicamente en razón del consentimiento, la presencia de condición para ser receptor de un órgano y el carácter del sistema. Así en razón del consentimiento encontramos sistemas de “consentimiento expreso” o directo, modelo en el cual las personas deben manifestar expresamente en vida si desean o no convertirse en donantes al momento de su muerte. En contraposición está el sistema de “consentimiento presunto” o indirecto, en el cual ante el silencio en vida, se presume por el sólo ministerio de la ley, la condición de donante, en principio, sin perjuicio de lo que manifiesten los parientes.

Como morigeración a estos sistemas que atienden al consentimiento, se agrega el factor de condición, de modo tal, que si para ser receptor se exige condición, estamos bajo un modelo “condicionado”, y si no se pide, es un modelo “universal”. Finalmente, el sistema será “absoluto”, si considera sólo la voluntad del eventual donante, sin considerar la voluntad de la familia, y si esta última tiene injerencia en la decisión, llegando incluso a modificar una decisión expresada en vida, hablamos de un modelo “restringido” (Rivera, 2001: P.71)

2.1. Ley 19.451.

Esta primera normativa, promulgada el 29 de marzo de 1996, compuesta de 18 artículos y tras un debate legislativo de más de cinco años, estableció las primeras directrices en la regulación de los trasplantes y donaciones de órganos en Chile. Siguiendo los parámetros ya señalados, esta ley en su estructuración primigenia, seguía un modelo de consentimiento expreso, universal y restringido, pues, en caso de no haber manifestado la voluntad de ser donante en vida, la familia, en el orden de prelación que preceptúa la ley, podría suplir el silencio.

A pesar de lo tímida de la regulación, hay varios aspectos relevantes a destacar y que no han sido objeto de modificaciones en las posteriores leyes. Así, el artículo 1º consagra el fin exclusivamente terapéutico del trasplante. Además, se establece que la donación de órganos sólo puede efectuarse a título gratuito, se determina criterios respecto a qué se entiende por muerte (adhiriendo al concepto al que ha arribado la comunidad científica: la muerte cerebral) y se crea la Comisión Nacional del Trasplante.

El legislador de entonces, y tal como consta en la historia de la ley, tuvo un objetivo claro: además de crear una regulación especial que diera un tratamiento jurídico al trasplante - más allá de las menciones en otros cuerpos legales, como el código sanitario - se buscaba crear un marco legal que propiciara las donaciones de órganos, ofreciendo al individuo, a través de esta ley, *“la posibilidad de contribuir libremente al bien común”*, adscribiendo de esta forma, a la esencia que nos propone la raíz etimológica de la palabra donación, cual es su sentido eminentemente altruista. Esta conminación del legislador al ciudadano, a enfrentar las bajas cifras de donación y trasplante, entendiéndolo a este último, no obstante ser un hecho físicamente individual, como un acto social, colectivo, apuntaba a alcanzar las cifras favorables que ya ostentaban varios países europeos.

Sin embargo, lo cierto es que el objetivo propuesto no se logró. Y a pesar del sentido de *permanencia* y *sencillez* que le quisieron dar los autores de este proyecto de ley, el poco impacto social desde su entrada en vigencia derivó en dos reformas. La primera de las reformas se materializó en la ley 20.413, promulgada el 6 de enero de 2010, la cual termina por instaurar un sistema presente en varios países europeos, cuyos óptimos resultados llevaron a varios parlamentarios a proponer acoger el sistema en la ley de 1996, sin éxito. Este sistema denominado de “*consentimiento presunto*”, se incorpora a la ley agregando el artículo 2 bis, dejando atrás el modelo de “*respuesta requerida*”. Se entenderá, entonces, que una persona mayor de 18 años, será considerada por el sólo ministerio de la ley como donante una vez fallecida, sin perjuicio de la posibilidad de declarar en vida la voluntad de no serlo, por alguno de los varios medios que dispone la ley. Otro aspecto significativo de esta reforma, fue la incorporación del principio de confidencialidad de los datos tanto del donante, como del receptor, y el establecimiento de límites para donar en vida.

Sólo tres años después, y ante estadísticas que no evidencian mejoras cuantitativas significativas, es que surge la más reciente modificación legal, la ley 20.673, promulgada en 2013. Esta modificación reforzó el carácter presunto del sistema chileno, disminuyendo eso sí, las posibilidades de manifestar la voluntad de no ser donante a sólo una: un documento fidedigno otorgado ante notario público. Mantuvo el carácter restringido, pero varió en cuanto a la tercera característica descrita, pues introdujo el principio de reciprocidad, con lo cual el modelo pasa de ser universal a condicionado, pues aquel que manifestó la voluntad en vida de no ser donante, queda en una escala prioritaria inferior a quien no lo hizo.

2.2. Breve crítica a la ley

Sin la pretensión de ahondar en aspectos propios de otras disciplinas -que bien lo permite una materia como esta- como podría ser un análisis desde una perspectiva antropológica, sociológica, o desde las políticas públicas, no es difícil determinar el por qué la ley original, así como su primera modificación, no tuvieron el efecto esperado. La evidencia comparada ha señalado que dos de los factores relevantes y determinantes en un modelo de donación de órganos son por un lado, el factor financiero del sistema de salud del Estado, que provee de capital humano y recursos físicos y materiales a la salud pública, y la otra variable sería la negativa familiar, la cual deviene en escasez de órgano

2.2.1 La negativa familiar y la asimetría de información

Como ya se señaló, dentro de las características del modelo chileno se cuenta su carácter restringido, en razón de que la familia puede pronunciarse ante la voluntad expresa o tácita del potencial donante. (Rivera, 2011: P. 72-75). Se estima que en razón de este factor, se pierden cerca del 40% de los potenciales donantes. (Solar, Ovalle y otros, 2008: P. 264)

Según la Coordinadora Nacional de Trasplante del Ministerio de Salud, en Chile las donaciones disminuyeron en un 30% en 2013. Al hacer públicas las cifras el organismo atribuyó la significativa baja a dos cosas: por un lado, la disminución de casos de muerte cerebral, vale decir, menos candidatos fallecidos que cumplieran las condiciones para ser donantes; y por otro lado, una alta negativa de la familia.⁷ Frente a ésta última, existe una pluralidad de argumentos esgrimidos y que han sido recogidos, en parte, en diversas encuestas tanto nacionales e internacionales. A este respecto el *Estudio multicéntrico sobre negativas familiares a la donación*, para justificar la negativa a donar, señala que ésta responde fundamentalmente a la negativa del fallecido en vida, a la mera voluntad de no donar por parte del familiar, la incompreensión de conceptos como muerte cerebral o el miedo a que el personal médico no realice todos los esfuerzos necesarios para preservar la vida del paciente en riesgo. En un porcentaje inferior, las encuestas atribuyen la negativa a razones de índole religiosa, a la integridad corporal del cadáver o a otras razones (Guervós y Gomez 1994: p. 1).

En primera instancia podríamos decir de modo genérico, que todas las razones argumentadas por los encuestados podrían resolverse con una regulación jurídica clara y vasta, tanto en la ley, como en los reglamentos respectivos y normas jurídicas de menor jerarquía. Sin embargo, lo cierto es que el estado actual de las cosas ha rebasado la regulación legal.

Si *a priori*, argumentos como el temor a un menor esfuerzo médico para salvar la vida del paciente a fin de obtener un potencial nuevo donante, podría resultar fútil, estos temores bien pueden tener un asidero real, tanto así que la literatura bioética ha debatido latamente en torno a ello, a propósito, por ejemplo, de la donación en asistolia, más específicamente de la asistolia controlada y lo relativo a la Limitación del Esfuerzo Terapéutico (LET)⁸.

⁷ Cifras entregadas por la Corporación Nacional de Trasplante. Para consulta: www.trasplante.cl

⁸ En la donación en asistolia el donante ha fallecido por una parada cardiorrespiratoria irreversible y cese total del latido cardiaco y respiración espontánea durante más de 5 minutos. Con este tipo de donantes, el

En este contexto, el temor del ciudadano parece plausible, pues aquel no sólo se anida en el sociedad, sino también en parte de la comunidad científica (De Lora, Ortega-Deballón, Rodríguez-Arias, Seoane, Serrano y Triviño, 2013: P.283-296), llegando a ponerse en duda la legitimidad de la muerte cerebral, la muerte cardíaca, y la muerte circulatoria – que puede ser declarada sólo 75 segundos después que se detiene la circulación – como muerte real, lo cual torna muy incierto el estatus moral de la donación de órganos, y repercute, desde luego, en el ánimo en cómo el ciudadano enfrenta esta realidad. Así, entonces, temas aparentemente técnicos suscitan en la actualidad agudos debates éticos y filosóficos que no aúnan consensos. En la misma línea la Corte Constitucional de Colombia, a propósito del debate suscitado por el ejercicio de una acción pública de inconstitucionalidad, promovida por un ciudadano colombiano por la regulación de donación y trasplante de órganos, dicha Corte y a modo preliminar se pregunta “*Cuál es la definición de muerte que debe adoptarse para efectos de trasplantes de órganos vitales? ¿Es la llamada muerte cerebral un criterio apropiado? ¿Y debe ser la muerte cerebral total o pueden ser otras definiciones, como la cesación de las funciones cerebrales superiores? ¿o debe usarse un criterio de muerte cardiovascular? ¿En qué momento se puede decir que alguien ha muerto y qué momento está muriendo? ¿Y si la persona no ha muerto, pero irreversiblemente va a morir en pocos instantes, es legítimo realizar la remoción de órganos vitales?* (Sentencia C-933/2007; Corte Constitucional de Colombia)

La dignidad de la sobrevivida del paciente que se somete a un trasplante, y que supone el éxito de aquel, no puede erigirse en ningún caso sobre la disminución de posibilidades de salvar la vida de un paciente en riesgo vital que podría ser un eventual donante, y menos en la realización de actividades en vida, tendientes a preservar los órganos para su eventual extracción (procedimientos pre mortem), lo que supondría una vulneración a la dignidad de aquel.

Por otro lado, si bien es cierto algunos estudios han concluido que la implantación del sistema de consentimiento presunto se asocia con un aumento en los índices de donación de

tiempo para efectuar el proceso de donación y trasplante es mucho más limitado que en el anterior y por tanto es importante que la familia autorice cuanto antes la donación. La causa radica en el hecho de que al pararse el corazón y dejar de bombear sangre, el oxígeno ya no llega al resto de órganos (tiempo de isquemia), reduciendo de forma extraordinaria su capacidad de supervivencia y validez de los órganos trasplantados. Cuanto antes se efectúe el trasplante, mejor será el funcionamiento de los órganos trasplantados. Las familias bien podrían preguntarse si se realizaron todos los esfuerzos, o si estos cesaron antes de lo que establecen los protocolos.

Varios países europeos ya han regulado este tipo de donación, entre ellos España, Francia u Holanda, estableciendo distintos criterios.

órganos, estos mismos, dan preponderancia a otros factores, como: la disponibilidad de donantes potenciales, la infraestructura de sustento para el trasplante, la inversión del Estado en salud y las actitudes públicas fundamentales cumplen un rol esencial (Rithalia, Mc Daid, Suekarram, Myers y Sowden, 2009: p.11). Por tanto, el aumento en dichos índices no sólo dicen relación con la introducción de la legislación de consentimiento presunto sino, también, con otros factores y es el Estado el que debe hacerse cargo de éstas falencias en el sistema.

Ejemplo de lo señalado anteriormente es Brasil. Luego de la adopción de un modelo *opt out* el país en cuestión, tuvo que hacer una revisión al sistema propuesto, puesto que los ciudadanos acudieron masivamente a inscribirse en los registros para expresar su rechazo. Muchos de ellos creyeron que no se les trataría como pacientes en caso de encontrarse gravemente enfermos, sino como donantes de órganos. Es más, llegaron a pensar que se les podría provocar la muerte directamente para extraerles los órganos (Rodríguez-Arias y Casado, 2009: p. 206).

Igual trascendencia tiene la coordinación del sistema. Algunos países así lo han entendido. Es así como Estados Unidos, a través del Departamento de Salud y Servicios Humanos, está centrando sus esfuerzos en ayudar a los hospitales a mejorar su capacidad para convencer a los familiares de los potenciales donantes, ya muertos o moribundos. Es así como dicha repartición pública creó el programa *Organ Donation Breakthrough Collaborative*(ODBC), el cual está plenamente operativo desde 2004. Este programa tiene entre sus objetivos el promover mejores prácticas para la solicitud de donaciones entre los miembros de los potenciales donantes y está inspirado en el modelo español (Nadel y Nadel, 2004: P. 303). La “colaboración” implica una coordinación entre equipos médicos, enfermeros, ejecutivos de hospitales y los líderes de las principales organizaciones de aquel país, el esfuerzo mancomunado de estos actores por obtener una mayor oferta de órganos disponibles para los pacientes que lo necesitan ha evidenciado resultados favorables: el número de donantes de órganos en los hospitales que participan del programa aumentó 14,1% en el primer año, un 70% mayor que el aumento de 8,3% experimentado por los hospitales no participantes. Por otra parte, entre octubre de 2003 y septiembre de 2006, el número total de donantes de órganos de Estados Unidos aumentó un 22,5%, un aumento de 4 veces mayor que el aumento del 5,5% medido en el mismo número de años en el período pre programa inmediato. (Shafer,

Wagner, Chessare, Shafer TJ 1, Wagner D , J Chessare , Schall MW , McBride V , Zampiello FA , Perdue J , K O'Connor , Lin MJ , J Burdick . , 2008. P1).

Es por eso que la participación activa de la familia, y su involucramiento en todo el proceso resulte decidor en el modelo español, que a pesar de ser un sistema de consentimiento presunto y carácter absoluto, la opinión de la familia sigue siendo preponderante, y es considerada como una de las variables responsables del éxito de aquel, lo que tiene un efecto en la mejora de la percepción que tiene la sociedad española en general.

2.2.2 ¿Hacia un nuevo paradigma?

Así las cosas, ni siquiera el paradigma mundial en la materia ha podido alcanzar el umbral esperado, y el panorama mundial se ha vuelto difuso, con mayor nitidez en algunas latitudes, pero en general el sistema parece estar alcanzando su límite. Entre las voces que pregonan aquello, se cuenta a De Lora, quien de plano afirma que los límites del sistema basado en el altruismo (en el que se sostienen los modelos vigentes, incluido el español) se alcanzaron o, al menos, se están próximos a alcanzar. (De Lora,2011: p. 1014). No se trata entonces, sólo de poner en tela de juicio los diferentes ensayos de modelos de donación de órganos presentes en el derecho comparado a la luz del modelo español, o del modelo belga o francés, que han sido lo más exitosos. Se trata de ir más lejos y cuestionar los cimientos mismos del sistema. En palabras de De Lora se trata de “*Recomponer el modelo sobre nuevos cimientos*” (De Lora,2011: P. 1015).

Siguiendo al mismo autor, este estado de las cosas nos llevaría a dos caminos: el mercado y la confiscación. Respecto al mercado, establecer la creación de un mercado de órganos, supondría permitir la donación entre vivos más allá de los actuales límites que supone la ley, y más allá de que medie una contraprestación de carácter económico, menguaría, sin duda, la escasez de órganos, pues apelando a principios de economía básica, ante una baja oferta y alta demanda, el precio del bien aumenta, lo que constituiría el principal estímulo paleador de la escasez. De paso, esto significaría obviar el factor de la negativa familiar, pues - en teoría- su intervención es subsidiaria, y al configurarse los requisitos copulativos que estableció el legislador, bastaría la decisión – libre e informada – del donante. Sin embargo, la

crítica que no sería posible subsanar sería lo relativo al factor económico. Por el contrario, la permisión de la mercantilización, en las condiciones no ideales redundaría en mayor injusticia. De Lora, sostiene que desde el punto de vista moral, las únicas condiciones que permitirían la existencia de un mercado de órganos, sería si se garantizara la ausencia de aprovechamiento de la situación desventajosa, atribuyéndole esta tarea al Estado. (De Lora, 2011: p. 1019) Vale decir, cuando el Estado haya removido esos obstáculos que puedan motivar a un individuo a “necesitar” vender un órgano, se estaría en aquel supuesto. En ese escenario, el valor del bien aumentaría aún más, al reducirse la oferta, y ante la magnitud de los nuevos incentivos. Esto sin considerar el aumento de los costos en general, que supone una mayor intervención del Estado en cerciorar la calidad del órganos y procedimientos, etc., cuya consecuencia será volver al trasplante accesible sólo para los más poderosos, aún más en sistemas sanitarios en que se superpone el criterio de la capacidad de pago a la necesidad, como ocurre, en alguna medida, en el caso del prestador del seguro privado en Chile.

La consolidación de las brechas de desigualdad económica en países como Chile y la subsecuente injusticia social, hace que la aprensión del legislador de otorgarle un contenido eminentemente gratuito al acto de donación cobre más sentido que nunca. Se lee en la Historia de la Ley: *“La gratuidad surge como consecuencia necesaria de la índole de los hechos comprendidos en la materia, fundamentalmente de la extrapatrimonialidad del derecho a disponer del cuerpo en vida o para después de la muerte. El reconocimiento de este principio conlleva prohibir prestaciones económicas o materiales de cualquiera índole a cambio de la cesión de órganos sea de donante vivo o de cadáver”*. Espíritu que finalmente se concretiza en el artículo 3 de la referida ley, previendo, incluso, sanciones en el título IV.

Así las cosas, de los dos nuevos caminos, de los que nos habla De Lora, que podrían llevar a cimentar una nueva perspectiva en cuanto a modelo de donación, más allá del altruismo, sólo nos queda el de la confiscación, del cual un aspecto central que supone este modelo, cual es la titularidad de los órganos *post mortem*, se abordará en el siguiente capítulo. ¿Será el modelo de la confiscación el idóneo para soslayar todas estas barreras que la técnica legislativa por un lado, y las políticas públicas por otro, no han podido?

3. Capítulo II: ALGUNOS DILEMAS A PROPÓSITO DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS

3.1. Principio de reciprocidad

El aspecto más innovador en la actual legislación de trasplante y donación de órganos en nuestro país, es la introducción de un criterio no médico a la asignación de órganos, a saber: la reciprocidad. ¿Cómo funciona el sistema? Bajo la política de la reciprocidad quienes se comprometieran a donar, recibirán una ventaja significativa en la asignación de órganos si eventualmente necesitaran un trasplante (Nadel y Nadel, 2005: p. 314). La consagración de aquel principio en nuestra legislación, establece que en caso de que varias personas se encuentren en igualdad de condiciones para la recepción de un órgano, el hecho de no ser donante deberá tomarse en cuenta, quedando en una escala prioritaria inferior en relación a quien lo es⁹. La adopción de este principio no estuvo exenta de críticas en el proceso legislativo, ni en la comunidad médica y científica.

En Israel, primer país en implantar este principio en la regulación legal de trasplante y donación de órganos respectiva, la discusión fue particularmente ardua producto de la composición demográfica de dicho Estado, en el cual de los más de 8 millones de habitantes, el 75% de la población profesa el judaísmo. La Ley Judía prohíbe la profanación del cuerpo, lo que ha sido interpretado por muchos en el sentido de que dicha religión prohíbe la donación de órganos, esto sumado a las cuestiones rabínicas que rodean el concepto de muerte cerebral. Como consecuencia de lo anterior, Israel figuraba con las más bajas tasas de donación que cualquier país desarrollado¹⁰, e incrementó de paso, las cifras de tráfico de órganos ante tal escenario de escasez. El periódico *The New York Times*, en un reciente artículo evidenció las dificultades que enfrenta el sistema de donación de órganos del Estado Judío, titulado: “Choque de Religión y Bioética dificulta la Donación de órganos en Israel”. Para entender algo más de las paradojas a propósito del binomio ética-religión, el Dr. Jacob Lavee, quien dirige el programa de trasplante de corazón en el Sheba Medical Center en Tel Hashomer en Israel,

⁹ Artículo 2 bis, inciso final. Ley 19.451 que establece normas sobre Trasplante y Donación de Órganos.

¹⁰ Israel cuenta con un sistema consentimiento expreso u *opt in* bajo la nomenclatura propuesta. En 2008 sólo el 10% de la población adulta estaba inscrita en el registro de donantes. (Leave, Ashkenazi, Gurman y Steinberg, 2009: P.1)

señaló que una actitud coincidente entre sus pacientes judíos ortodoxos era no estar dispuestos a donar, pero sin embargo, no mostrarían la misma reticencia si se tratara de recibir un órgano (Entrevista en el citado artículo de prensa, 16 de Febrero de 2012). En aquel contexto, se implementó el principio de reciprocidad, lo que el citado doctor Lavee denominó como un paso entre el mero altruismo al “*altruismo recíproco*” (Lavee, 2010: P.1131-1133)

En Chile si bien la discusión no tuvo el cariz religioso, ni éste factor se transformó en una gran valla en la implementación del principio, su propuesta, que se generó en el segundo trámite legislativo de la Ley 20.673, fue aprobada, pero sin terminar de convencer del todo a algunos parlamentarios¹¹. En la discusión ya se hacía patente la dificultad de la concreción del principio de reciprocidad en la práctica, puesto que las listas de receptores de órganos se confeccionan en base a criterios médicos, sin embargo, primó la idea de que la adopción de una norma con dicha característica “*ayudaría a la promoción de la donación de órganos*”¹², como señaló el Senador Girardi en la Comisión de Salud (Historia de la Ley: P.24)

3.1.1. Respuesta a las principales críticas.

“No produciría más donaciones”

Nadel y Nadel (2005) hacen mención a alguna de las principales críticas que se esbozan en relación al principio de reciprocidad. Entre ellas que la adopción de dicho principio no produciría más donaciones.

Si bien es cierto la adopción de la reciprocidad es de reciente data, y que sólo tres países lo incorporaron a sus sistemas de donación de órganos (lo que dificulta un análisis cuantitativo acabado), no es difícil argumentar razones de utilidad e instrumentalidad del principio, toda vez que su aplicación supone un incentivo a la donación¹³ y de paso obligará a las personas a una mayor reflexión acerca de la decisión de no donar con las consecuencia que aquel hecho reviste. A modo de ejemplo, estudios preliminares sobre la eficacia de su implementación en Israel suponen un considerable apoyo público entre sus ciudadanos (Leave, Ashkenazi,

¹¹ En la comisión de salud fue aprobada por 4 votos a favor, entre ellos el del H. Senador Mariano Ruiz-Esquide, quien durante la discusión se mostró en desacuerdo con incorporar el principio. Votó en contra el H. Senador Francisco Chahuán.

¹² Intervención del Honorable Senador Guido Girardi. (Historia de la Ley: P.98)

¹³ Así lo argumentó la profesora Alejandra Zúñiga F. invitada a exponer en la Comisión de Salud. (Historia de la Ley: P.105)

Gurman y Steinberg, 2009: P.1)¹⁴, lo que se refleja en que desde su incorporación se ha experimentado un aumento record en la firma de la tarjeta de donante, a la vez que se ha producido un alza significativa en el número real de trasplantes (Cronin, 2014: P.2), volviendo escuálida la crítica aludida.

“Amenazaría la *pureza altruista*”

En la mayoría de los diferentes modelos de donación de órganos presentes en el derecho comparado se consideraron tres premisas a la hora de estructurarse: primero, que el cuerpo humano no puede ser tasado en términos mercantiles, por tanto la donación tendría el carácter de gratuito; segundo, que la donación no representara ningún perjuicio para el donante y tercero, que las personas a través del altruismo serían capaces de sentirse comprometidos con las necesidades de quienes necesitan de los órganos, lo que los incentivaría a donar. (Cardoso, Casas, Ramirez, 2012: P.157)

En Chile las premisas descritas han sido aprehendidas por la legislación. Respecto al altruismo, su utilización argumentativa en cuanto móvil que incentiva la donación, ha sido enarbolada majaderamente. Quienes lo invocan consideran que debe ser la consideración altruista, el espíritu solidario para con la especie, el motivo que incentive y acreciente las cifras de donación, ya sea aumentando las inscripciones en los sistemas *opt in* o evitando que las personas manifiesten su voluntad de no donar en los sistemas *opt out* como el chileno.

Bajo esta lógica, la oposición en el debate legislativo, a la adopción del principio de reciprocidad, se centró en la idea de dar permanencia a la idea pura de altruismo. Entre aquellas voces, la profesora de derecho constitucional Ángela Vivanco, señaló a la Comisión de Salud del Senado, que “*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*” (HL: P.116)

Lo cierto es que, al contrario de lo que plantea Vivanco, una política prioritaria haría realidad una forma de altruismo recíproco (empleando la nomenclatura utilizada por el Doctor

¹⁴ Estudios previos a la implementación de la nueva normativa evidenciaban el apoyo de los israelíes a la incorporación de un principio de reciprocidad. En dos encuestas realizadas en Israel en 1999 y 2004 para conocer las actitudes de la población respecto de la donación de órganos, realizadas por el Centro Nacional de Trasplantes de Israel, el 55% de los individuos en cada encuesta, indicó su voluntad de donar órganos a cambio de priorización en la asignación de los mismos.

Lavee), lo que presume que la introducción de una condición como la descrita supone conminar a los ciudadanos a realizar una reflexión más acabada acerca de la donación, y a creer que una negativa a donar, conociendo las consecuencias que ello acarrea, obedecerá a razones de mayor envergadura, que una mera negativa sustentada en prejuicios o desinformación.

Los tres presupuestos descritos al comienzo del apartado, se han visto vulnerados por la forma en cómo se han sociabilizado en los distintos protocolos de donación. Por su parte, el altruismo no resultó tan generalizado como se esperaba, dando lugar por ejemplo, al mercado de órganos en varios países, lo cual ha rebasado los marcos legislativos que pretendieron evitarlo. El incentivo que supone la reciprocidad, debe ser visto como una variable complementaria al altruismo, que genere empatía desde la propia realidad del individuo.

El altruismo recíproco¹⁵ bien puede ser el punto medio entre el egoísmo y la generosidad desinteresada, pues se condiciona un comportamiento beneficioso para otros, si el coste de ayudar se ve compensado por la probabilidad de beneficiarse uno mismo. En biología evolutiva, existen teorías de altruismo recíproco entre ciertas especies, por lo que este comportamiento ha sido observado tanto en animales como en humanos y parece ser una característica innata de supervivencia.

“Sólo deben primar criterios médicos en la asignación de órganos”

La tercera crítica recurrente ha sido que sólo deben primar criterios médicos a la hora de determinar quién será receptor de un órgano. En Chile, para realizar tal tarea, existe una base de datos donde están identificados todos los pacientes que esperan por un trasplante de órganos, junto con los datos necesarios para poder asignar un órgano disponible al receptor más adecuado. Dicha información se actualiza permanentemente con los datos que envían los centros de trasplantes y con los exámenes de los laboratorios de histocompatibilidad en razón a los requerimientos del órgano a trasplantar y de las características biológicas de cada paciente.

Según información publicada en su página web, el Instituto de Salud Pública, señala que los criterios para la confección de esta base de datos, conocida como “Listas de Espera”,

¹⁵ Desde la teoría económica, Bowles define al altruismo recíproco como *“acciones que confieren un beneficio a otros con un coste para sí mismo, pero con la perspectiva de un beneficio recíproco suficiente para cubrir sus costos”* (2006:441)

son la compatibilidad de grupo sanguíneo entre receptor y donante, la compatibilidad de los antígenos del receptor y donante, compatibilidad de peso-talla entre donante y receptor y la urgencia médica. La importancia de cada factor varía según el órgano a trasplantar.

Dichos factores o criterios son los que se consideran médicos, en tanto que el factor de reciprocidad es considerado un criterio no médico, que reviste un contenido ético que podría ejercer una influencia corruptora en la asignación de órganos (Capron, 1992: 2185-2187). Sin embargo, siguiendo a Nadel y Nadel, es difícil determinar cuándo estamos en presencia de un criterio médico, así como también, no es posible afirmar de que tales criterios médicos no planteen cuestiones éticas. Por ejemplo, algunos podrían considerar al tiempo de permanencia en la lista de espera, como un sustituto de la urgencia médica(2005). No es la pretensión de este trabajo ingresar en este tipo de casuísticas, mas sí evidenciar que decisiones de contenido ético atraviesan el quehacer humano y, por cierto, en la práctica de la medicina y sus procedimientos.

El temor ha sido evitar dejar al arbitrio de la moralidad individual, decisiones tan trascendentes, intentando otorgarle al proceso de la donación y trasplante de órganos un carácter técnico. Sin embargo, la adopción de la reciprocidad no vulnera aquello, pues, en la práctica la probabilidad de que dos pacientes se encuentren en igualdad de condiciones, como establece la ley, es virtualmente imposible, por lo que el criterio de reciprocidad no tendría aplicación práctica. Pero si así fuera, y al no establecer esta condición, se produciría el efecto indeseado: quedaría la decisión ante criterios no médicos.

En las democracias modernas, la resolución de estos dilemas morales debe quedar entregada al órgano representativo por antonomasia, cual es el parlamento. Por tanto, la adopción de este principio, y ante su improbable aplicación práctica, parece significar un beneficio mayor al coste de su incorporación

3.1.2. Efectos probables de la adopción del principio.

El principio de reciprocidad ha sido objeto de numerosas críticas, pero ninguna resulta del todo persuasiva. El Estado de Israel, constituye el mayor soporte argumentativo al respecto. El aumento de inscripciones en el registro de donantes parece ser resultado de la instauración del principio de la reciprocidad (Cronin, 2014) así como de un diseño de políticas públicas tendiente a enfrentar los temores imperantes en la sociedad israelí, las que incluyeron desde una fuerte campaña mediática de información y difusión, hasta la participación de rabinos en la discusión y su presencia activa en los hospitales para asesorar las labores de procuramiento.

No obstante, el éxito de un modelo, como se ha repetido, depende de una amalgama de factores, algunos de ellos muy vinculados con el medio en el cual se instaura. Así, las particularidades de cada país pueden ser decisivas en el éxito o fracaso de un sistema de donación de órganos, a pesar de que estructuralmente posea similitudes a un modelo exitoso y probado. Es por eso que para el caso chileno, y en razón de lo prematuro de la entrada en vigencia de la nueva legislación, sólo es posible hablar de efectos probables.

En primer lugar, el principal efecto que produciría un sistema condicionado con presencia del principio de reciprocidad (y el más buscado por las legislaciones del mundo) sería la mayor disponibilidad de órganos para, potencialmente, salvar más vidas. En segundo término, se estaría terminando con el injusto que supone que un no donante reciba un órgano. Al comienzo nos planteamos la interrogante ¿es ético o moral merecer un órgano estando en necesidad vital de recibirlo? Al respecto es posible sostener que en materia de adjudicación de recursos escasos sanitarios, como lo son los órganos para trasplantes, nada impediría la incorporación de un criterio como el aludido, toda vez que aquel promueve de mejor manera la justicia y la eficiencia. El principio de reciprocidad promueve, en efecto, nociones básicas de justicia, en el entendido de que *“sólo los que están dispuestos a hacer justicia, tienen derecho a ella”*¹⁶. También promueve la eficiencia, puesto que la consecuencia que reviste inscribirse como no donante, se configura como un incentivo negativo, que bien puede servir para modificar decisiones en contrario a la donación.

¹⁶ Rawls, John. *Teoría de la Justicia...*

A mayor abundamiento, la pertinencia de un modelo condicionado, es que evita la existencia de los *free riders*, de aquellos parásitos que no están dispuestos a donar sus órganos pero sí a recibir sin asumir ningún costo y aceptando que otros lo asuman cuando se trata de su beneficio. (Rivera, 2001: P.71). O como señala Pablo De Lora, la incorporación de elementos como este, permiten superar el indeseable efecto de la explotación egoísta de la generosidad ajena (2011: P.1020)

El principio de reciprocidad promueve un objetivo deseable, buscado y necesario: la promoción de la solidaridad para salvar vidas, esto se constituye como el bien jurídico superior que lo justifica, agregando una medida de equidad en el proceso. La donación de órganos actúa como un compromiso adquirido en términos morales que obliga a la reciprocidad, en término de colectividad, no es individual. Los órganos se donan a la sociedad, representada en la institución y no para nadie en concreto (salvo el caso de donación entre vivos).

3.2 Titularidad de los órganos post mortem

Existe unanimidad en cuanto a que la decisión de ser donante debe ser consecuencia de una reflexión acabada y en la cual se anteponga el derecho a la información de los ciudadanos. La actual ley busca precisamente fomentar aquel proceso reflexivo, instaurando el modelo condicionado que presupone promoverá la rigurosidad de la decisión.

Como se dijo, la actual normativa prescribe que de no manifestar en vida la voluntad de no ser donante, se presumirá de derecho que la persona lo es. Actualmente pocos discuten el aceptar la libertad de una persona para decidir sobre su cadáver, y justamente en consideración a las prerrogativas -incluso constitucionales pertinentes- es que el legislador prevé la posibilidad, sin invocar causal, de manifestar la voluntad de no donar. Dicha causal, por tanto, no debe ser fundada, pudiendo atender a motivos religiosos, morales o de cualquier tipo. De esta forma se soslaya uno de los argumentos esgrimidos para oponerse a la actual ley, en razón de que vulneraría la libertad de las personas, o principios como la autodeterminación. En efecto, un sistema de consentimiento presunto no niega la autonomía personal, sino que trata de hacer más justicia a las obligaciones morales de solidaridad con enfermos graves. (Gavers, Janssen, Friele, 2004: P. 178). Gordillo Cañas, a su vez, apunta que *“¿si el derecho permite a una persona disponer de sus bienes para después de su muerte por qué no aceptar que corresponde al individuo decidir sobre sus restos mortuorios?”* (1987: P 89).

En teoría y sustentado en argumentos como el de Gordillo, la decisión post-mortem corresponde a la persona de cuyo cuerpo se trata, y su decisión por tanto, no podría ser violada por terceros a quienes sólo les correspondería respetar la decisión del difunto. Sin embargo, lo cierto es que, incluso en los sistemas de donación absolutos, en los que por definición la decisión expresada en vida debiera primar sin posibilidad de ser modificada por la familia una vez fallecido, la decisión de los familiares sigue siendo preponderante. En un estudio comparativo sobre los sistemas de consentimiento para la donación post mortem en Europa, analizando a 10 países¹⁷, se llegó a la conclusión de que los sistemas puros *opt in* y *opt out* es una simplificación que no tiene en cuenta los matices con los que estos sistemas funcionan en la práctica. Es así como todos los sistemas, incluidos los de consentimiento absoluto, involucran a las familias de una u otra forma, ya sea para actuar como sustitutos y dar el consentimiento

¹⁷ El estudio abarcó el análisis a Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España, Suecia, Suiza y Reino Unido.

de forma vicaria si la persona no lo hizo por sí mismo en vida (en sistemas *opt in*); o bien en el sentido que pueden oponerse, incluso si la persona fallecida no ha registrado su objeción durante su vida (*opt out*). Así, la injerencia de la familia en la decisión final se aprecia en sistemas *opt in* como Alemania, y en sistemas *opt out*, o de consentimiento presunto como Francia y España (Gavers, Janssen, Friele, 2004: P. 181). Otra forma en que se inobserva la voluntad de las personas y que nos aleja de esta lógica de que el cuerpo y sus partes nos pertenecen, es a través de la prohibición de la comercialización de órganos o partes del cuerpo. De Lora se pregunta ¿Cómo es posible no poder disponer de lo que se califica como mío? (2011: P. 1016).

A propósito de la reciprocidad, y de la soberanía post mortem sobre nuestro cuerpo, surgen interesantes dilemas. Por ejemplo, puede que una persona sea trasplantando con un órgano, producto de la generosidad del donante y su familia, y sin embargo este receptor manifieste su voluntad en vida de no ser donante, debiendo ser respetada esa decisión en el actual sistema.

En este contexto en que la práctica y la legislación no siempre se corresponden, o al menos la primera no se circunscribe totalmente a lo literal de la ley, se hace necesario preguntarse qué tan irrestricto es el respeto a la voluntad post mortem en las diferentes legislaciones. Analizar el diverso tratamiento que le dan éstas a la voluntad del fallecido, nos permitirá aventurarnos a una respuesta a la interrogante antes planteada, y determinar, en definitiva, la posibilidad de avanzar hacia nuevas perspectivas en la materia, como lo plantea De Lora, como podría ser el modelo de confiscación. ¿Por qué razón, se pregunta el citado autor, debemos respetar los deseos póstumos relativos a nuestro cuerpo una vez muertos, y por qué razón debemos respetar la decisión de no donar de una persona que se benefició de la solidaridad ajena, como en el ejemplo antes planteado?

Si bien, autores como Rivera, plantean que la exigencia del respeto a la voluntad post mortem deriva del beneficio que nos hacemos a nosotros mismos al sabernos miembros de una comunidad en la que comprobamos que se observan las voluntades post mortem de quienes también estuvieron entre los vivos (2001: P.69), lo cierto es que el estado actual de las cosas, parece darle mayor relevancia a la opinión de los vivos, pues en varias legislaciones, la opinión de la familia puede revertir una decisión en vida de donar. Si esto es así, por qué no podría ser el Estado quien subrogara la voluntad de las familias, o incluso de las mismas

personas, potenciales donantes. Esto que parece alejarse de las ideas que sustentan el actual modelo basado en el altruismo, no es tan irrisorio. Se conocen algunos ámbitos en los que se observan restricciones impuestas por el ordenamiento jurídico a nuestro cuerpo una vez fallecido, entre ellas: la autopsia y el enterramiento.

a) Autopsia.

La autopsia de los cadáveres es un ejemplo en que el Estado puede inobservar la voluntad de una persona difunta. El legislador en el afán de investigar hechos que revistan caracteres de delito, para establecer la causa de muerte de un fallecido, para determinar la identidad de éste, o determinar la participación de terceros, autoriza al Servicio Médico Legal a practicar autopsias que hayan sido encargadas por las fiscalías a cargo, las que también instruyen el levantamiento del cuerpo y la entrega a sus familiares. Así lo prescribe el artículo 139 del Código Sanitario al señalar que ningún cadáver podrá permanecer insepulto por más de 48 horas, a menos que el Servicio Nacional de Salud lo autorice, cuando haya sido embalsamado o se requiera practicar alguna investigación de carácter científico, judicial o penal.

La técnica de la autopsia se contrapone en algunos casos, a la voluntad explícita de alguna persona que desee, por cualquier motivo, evitar la profanación de su cuerpo¹⁸, misma razón que podría sustentar la idea de no donar. En aquel caso la integridad corporal y el deseo póstumo no serían excepción para evitar el procedimiento si así se dieran las condiciones descritas. Y es que, las razones para ello son más poderosas, cual es el interés público que reviste el investigar y sancionar hechos delictivos.

b) Enterramiento.

Una situación similar se origina a propósito de las normas de enterramiento. Tanto en Chile, como en la mayoría de los países de occidente, la legislación dispone de normas legales que regulan el entierro del cadáver, y que tienden a la preservación de la higiene y salubridad pública. Dichas normas, dicen relación con la manipulación y manejo de los cadáveres humanos; por ejemplo, éstos no pueden tener un destino diverso a la cremación, donación para el uso docente, científico, o para la inhumación. Además, se establece que los cadáveres

¹⁸ El reglamento Orgánico del SML, establece en su artículo 28 que los cadáveres y vísceras pueden conservarse indefinidamente cuando ello fuera necesario para aclarar las dudas que puedan presentarse a los médicos legalistas o la Justicia.

sólo pueden ser inhumados en cementerios legalmente autorizados, por lo que, en principio, cualquier deseo póstumo de ser enterrado en un lugar no destinado para ello, estaría proscrito.

Relacionado con lo mismo, con la disposición del cadáver, existen casos, aunque poco frecuentes aún, de que una persona quiera dar a su cadáver un destino diverso al ya señalado; vale decir, distinto a que sea cremado, utilizado con fines científicos, de docencia médica, o simplemente inhumado. De Lora (2011; P. 1023), menciona el caso de la criogenización, esto es, someter al cadáver a muy bajas temperaturas para una posible y futura reanimación. Esto, en nuestro país, en primera instancia, no sería posible.

Sucede, entonces, que el modelo altruista se sustenta en una idea de propiedad no absoluta sobre los órganos. Es esto lo permite que los herederos, por ejemplo, puedan disponer de los órganos como si se tratase de cualquier tipo de propiedad. De Lora plantea que aquel razonamiento, si bien es acertado, es poco feliz. ¿Para qué querrían los familiares esos órganos que sólo tendrían utilidad si con ellos se les prolonga la vida a otro ser humano? La familia debiera simplemente soportar que se le extraiga el órgano a su familiar, de la misma forma en que soporta muchas restricciones que el derecho impone, como las mencionadas, que tienden, como se dijo, a lograr objetivos considerados valiosos por las sociedades como el resguardo a la salud pública, esclarecimiento de causas criminales o a establecer criterios relativos a la disposición del cadáver.

3.2.1 Modelo de la Confiscación y los órganos como bienes públicos.

Lo anterior aplica al modelo altruista. Sabemos que el modelo imperante en que se sustentan los modelos de donación existentes es el altruismo, como así también que el altruismo podemos situarlo al centro de dos modelos contrapuestos, a saber: el mercado y la confiscación. A su vez, estos últimos modelos responden a formas distintas de entender la propiedad de los órganos: el primer modelo entiende que los órganos son de propiedad absoluta de las personas, y el segundo que son de dominio público. Entonces, y parafraseando a De Lora, *hay vida más allá del espectro altruista*.

Según la concepción liberal-igualitarista de la justicia, las personas tenemos ciertas obligaciones de asistencia para con los demás, que se expresan en actuaciones positivas que contribuyan al bienestar colectivo, minimizando con ello, el sufrimiento que puede experimentar un individuo y que sólo se deban a su “mala suerte natural”. De tal modo, y siguiendo a Rawls, parece consistente que la equidad de derechos y libertades básicas, se debe sumar la justa igualdad de oportunidades, así como una enérgica intervención pública para compensar las desigualdades arbitrarias preexistentes, beneficiando a aquellos peor situados en la estructura social.

“Si tiene algún sentido la postulación de una Teoría de la Justicia, y de paso de toda demanda política de justicia, es porque existen posiciones “peor situadas” en el reparto efectivo de todo tipo de bienes. En este sentido, la justicia distributiva estaría moralmente justificada no por garantizar a las posiciones “normales” la legitimidad de sus derechos y posesiones, sino porque valida las demandas de libertad, igualdad y oportunidad de los sujetos más débiles de la sociedad” (Rodríguez, 2010: P. 240)

Si bien la mayoría de los defensores de la concepción liberal-igualitarista de la justicia no llegan hasta el punto de considerar que la intervención del poder público también ha de alcanzar la redistribución de órganos entre aquellos que tuvieron la “mala suerte” de nacer con una patología que les hace necesario el disponer de un órgano, y aquellos que sin haber hecho nada para merecerlo, han nacido sanos, hay voces como Cécil Fabre quien es de la idea de extender el alcance de la intervención estatal a la redistribución de órganos y tejidos. Para Fabre, y tratándose de órganos de un cadáver, no estarían en juego, por razones obvias, ni la vida ni la integridad física, y por tanto éstas no se verían afectadas por la confiscación de órganos pero sí considera que se verían afectados los intereses póstumos del difunto, aunque

ésta idea no tiene mucho sentido para ella, pues difícilmente un muerto puede tener intereses. (Fabres, 2006). Pero incluso si adhiriera a la idea de interés póstumo, ¿se superpondrá éste a la posibilidad de salvar vidas?

Como ya hemos indicado, no se respetan todos los intereses o deseos póstumos de las personas, por mucho que autores como Rivera se empeñen en defender la idea de interés póstumo y los beneficios que de ello se colige para los vivos (2001: P.69). Las normas de orden público no podrían ser inobservadas por razones religiosas, por ejemplo, pues no contarían con el peso suficiente para evitar su fuerza preceptiva. Fabres, considera que una objeción de conciencia frente a la idea de confiscación, que según la línea argumentativa del presente apartado podría ser una carga y tener la categoría de norma de orden público, sólo podría ser atendible si dicha objeción resiste las concepciones críticas de otros, y a la vez, es inteligible tanto a quienes no obtendrán su órgano, como a aquellos que sí estarán bajo la obligación de darlo. (Fabre, 2006: P.86)

Un último argumento esgrimido con fuerza para oponerse a la idea de confiscación de órganos, es el de la “pendiente resbaladiza”. Éste, básicamente consiste en que empezamos extrayendo órganos de los cadáveres, sin importar la voluntad del fallecido, y terminamos extrayendo órganos o la sangre, a individuos aún vivos, pese a su oposición. ¿Cómo responde Fabres a esto? Simplemente señala que aquello lejos de ser un temor o un efecto indeseable del modelo de confiscación, es más bien coherente con la concepción liberal-igualitarista de justicia (Fabre, 2006: P. 100-102)

Entendiendo que la persona ha dejado de existir como tal al momento de fallecer, carece de derechos individuales y pasan a primer plano los derechos sociales, y por tanto los deberes de justicia. En base a razonamientos como este, se erige toda la doctrina europea de la donación de órganos de cadáver. Atendiendo a ella es que países europeos tiendan a considerar a los órganos procedentes de cadáver como bien público, los cuáles deben maximizarse a favor de quienes puedan necesitarlos, y por tanto, se les considera como bien social y no individual (Martínez y López, 1995: 105). Por estas mismas razones es posible afirmar que para la obtención de órganos no sería necesario el consentimiento informado del modo liberal estricto, sino que el llamado consentimiento presunto, el cual, como ya sabemos, invierte la

carga de la prueba, convirtiendo en donante a todo aquel que no haya expresado lo contrario de manera explícita.

Yendo más lejos, en la misma línea del modelo de confiscación, es atendible ante el adverso escenario que enfrenta la donación de órganos, evitar el eufemismo del “consentimiento presunto” y considerar, lisa y llanamente, que todo cadáver es un bien público, el cual debe ser utilizado a favor de los seres humanos si aquello es factible.

4. CONCLUSIONES

La temática propuesta no constituye una cuestión ética y jurídica neutra, puesto que involucra complejas y difíciles discusiones y decisiones morales, filosóficas, sociológicas, e incluso religiosas, que han suscitado agudas controversias en el contexto del debate y la discusión contemporánea. Si bien es cierto, la técnica del trasplante se remonta a inicios del siglo pasado, fue recién a fines del mismo cuando el derecho le otorgó un reconocimiento normativo en nuestro país. A casi veinte años de la promulgación de la primera ley que reguló el trasplante y donación de órganos en Chile (la ley 19.451), el debate sigue generando discrepancias en la sociedad a raíz de las dos modificaciones a dicha ley, que buscaron enfrentar su ineficacia, que se tradujo en el estancamiento en las tasas de donación.

De las modificaciones a la ley primigenia mencionadas, y que ya abordamos precedentemente, nos interesa hacer hincapié en los aspectos más significativos de aquellas: de la primera regulación, que fue la ley 20.413 de 2010, lo relativo a la instauración del sistema de consentimiento presunto, que deja atrás el de respuesta requerida; y de la más reciente modificación, la ley 20.673 de 2013, (más allá de la reducción de las posibilidades de manifestar la voluntad de no ser donante) la incorporación del principio de reciprocidad.

Respecto del sistema de consentimiento presunto, nos interesa subrayar que es el sistema imperante más eficaz, y hay experiencias como el modelo español, que dan muestra de aquello. La evidencia disponible sugiere que el consentimiento presunto se asocia con un aumento de los índices de donación de órganos (Rithalia, McDaid, Suekarran, Myers, Sowden, 2009: P.11), sin embargo, la misma evidencia sugiere que no es posible deducir que el consentimiento presunto per sé, dará lugar al aumento de los índices de donación por sí solo, sin atender a los demás factores en juego. El peso de la evidencia ha llevado a organismos como la Organización Mundial de la Salud a promover la adopción del modelo en los países donde subsiste un modelo diverso.

Superada la discusión acerca de cuál es la forma jurídica idónea, es menester aludir a los demás factores que mencionamos en el párrafo anterior. Es así como la eficacia del sistema se sustentará, además, en factores como la disposición de potenciales donantes, la inversión del Estado en el cuidado de la salud, infraestructura para realizar trasplantes, así como el aspecto

sociológico que subyace en que una sociedad dada sea más reticente a la donación, como por ejemplo el caso de Israel antes descrito.

Comprendido lo anterior, nos interesa en las palabras finales, volcarnos de lleno a los aspectos éticos que atravesaron la presente tesina, en la cual se plantearon varias preguntas de marcado acento ético, cuya previa lectura bien permitió inferir sus respuestas. La primera de ellas es si acaso ¿es ético o moral merecer un órgano estando en necesidad vital de recibirlo? Frente a lo cual, junto con remitirnos al capítulo segundo en lo relativo al principio de reciprocidad, es necesario afirmar que dada la condición de escasez de los recursos disponibles en materia de donación de órganos, debemos contar con criterios para distribuirlos equitativamente. La escasez de recursos y el altruismo limitado son como señala Hume, las “circunstancias de la justicia” (1998 :P.155), siendo éstas las condiciones que harán posible el predicar de determinado estado de las cosas su carácter de justo o injusto. Es así entonces, como el principio de reciprocidad, aplicado a la donación de órganos, es un requisito moral mínimo y plausible.

Es así como la justicia distributiva valida las demandas de igualdad de oportunidades de los sujetos más débiles de la sociedad, entendiendo que todos los individuos tienen derecho a vivir una vida con un mínimo de dignidad. Es por eso que el foco de atención debe centrarse en las personas, entendiendo que ésta termina con su muerte,¹⁹ dejando de lado las concepciones de propiedad absoluta sobre el cuerpo, incluso las de propiedad restringida, para avanzar hacia una idea de los órganos como bien público.

Afirmar lo anterior es importante porque significa que su distribución debe atender a criterios de justicia, evitando cualquier tipo de discriminación o segregación. Dichos criterios de justicia, implican además, obligar a utilizar sólo procedimientos de eficacia probada, y en esto se diferenciaría la gestión de bienes públicos y privados, siendo aquellos, plenamente aplicables en el caso de distribución de órganos.

Finalmente, consideramos que efectivamente la adopción del principio de reciprocidad viene a aportar al sistema de donación de órganos chileno, el cual es de consentimiento presunto, criterios morales mínimos en la distribución de recursos sanitarios escasos aportando equidad al sistema, palabra cuyo significado etimológico se traduce como “virtud de la justicia

¹⁹ Artículo 78 del Código Civil: *La persona termina en la muerte natural.*

del caso en concreto”, y cuya idea de justicia vinculamos a la visión aristotélica. No obstante, creemos que es necesario ir más lejos en la manera de entender la problemática, puesto que ni siquiera el país paradigma en la materia como lo es España, ha logrado alcanzar el umbral de donación esperado, por lo que creemos, las ideas de De Lora sobre confiscación podrían pronto dejar la doctrina y ser abrazadas por las legislaciones modernas.

5. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Casado, María (2008). “Aspectos boéticos de la regulación sobre trasplantes”. Fundación Fernando Fueyo Laneri (comp.): Estudios de Derecho Privado, Editorial jurídica chile, Santiago.
- Gordillo Cañas, Antonio (1987): “Trasplante de órganos: “pietas” familiar y solidaridad humana”, Madrid, Civitas,
- Rivera López, Eduardo (2001). “Ética y trasplante de órganos”. Fondo de Cultura Económica, México.
- Jesús Rodríguez Zepeda (2010), El igualitarismo liberal de John Rawls. Estudio de la Teoría de la Justicia, Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa–Miguel Ángel Porrúa, México.
- Saavedra, Francisco (1994).”Teoría del consentimiento”. Editorial jurídica conosur, Santiago.
- Ugarte, José (2006). “El derecho de la vida”. Editorial jurídica chile, Santiago.

REVISTAS

- Álvarez, Hugo (2007); “Consentimiento presunto y respuesta requerida como alternativas a la escasez de donantes: un análisis ético”. Revista chilena de cirugía, Vol 59, n°3, pp. 244-249.
- Barrio, Inés. “Ética de enfermería y transplante de órganos”. Revista de Estudios Médicos Humanísticos. Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol . 3, num 3.
- Contreras A. Luis (2011): “Donación de órganos, análisis ético de la situación chilena”. Revista Medicina y Humanidades. Vol. III. N°1-2, 2011. P.76. Disponible en: http://www.medicinayhumanidades.cl/ediciones/n1_22011/09_DONACION_ORG_ANOS.pdf Fecha última: 8 de septiembre de 2014.
- Gracia, Diego (2001). “Democracia y bioética”. Revista Acta Bioethica. Vol VII, n°2, Santiago, pp. 343-354.

- Lavee, Jacob (2009). A new law for allocation of donor organs in Israel. *The Lancet*, Volume 375, Issue 9720, 2010. [http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(09\)61795-5/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(09)61795-5/fulltext)
Fecha última consulta: 10 de noviembre de 2014.
- Matesanz, Rafael (1994). “El consentimiento familiar para la donación de órganos”. *Revista de Medicina Clínica*, Vol. 102, n°8, España, pp. 297-300.
- Rivera L, Eduardo (2006): “La venta de órganos y la angustia moral” *Revista Journal of applied Philosophy*. Vol. 23, n°1, pp. 42-43, pp 44-45.
- Robles N (1994), “¿Es necesaria la presunción de consentimiento en la donación de órganos para transplantes?”. *Revista Medicina Clínica*. Vol 103, n° 18, Barcelona, pp. 697-698.
- Solar, Sebastian, Ovalle, Alejandra, Simian, María Elvira, Escobar, Jorge, Beca, Juan Pablo (2008). Tres factores que influyen en la actitud de las personas ante la donación de órganos. *Revista Chilena de Cirugía*. Vol-60, N°3. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchcir/v60n3/art17.pdf>. Fecha última consulta: 8 de septiembre de 2014.
- Velez, Esperanza (2007) . “Donación de órganos una perspectiva antropológica”. *Revista de la Sociedad Española de Enfermería Nefrológica*, Madrid Vol 10, n°3.

DOCUMENTOS

- Capron, Alexander M. “More blessed to give than to receive?”. *Transplantation Proceedings*, 1992, Vol. 24 (5),. Disponible en: <http://optn.transplant.hrsa.gov/resources/bioethics.asp?index=6> Fecha última consulta: 10 de noviembre de 2014.
- Cronin, Antonia J (2014). Points mean prizes: priority points, preferential status and directed organ donation in Israel. *Israel Journal of Health Policy Research* .
- Cruz Netza Cardoso, María de la Luz Lina Casas Martínez y Hugo Ramírez García (2012).” Los Costos del Altruismo en Donación de Órganos”, *Análisis de Casos*. Cuadernos de Bioética.. Disponible en: <http://www.aebioetica.org/revistas/2010/21/2/72/157.pdf>. Fecha última consulta: 8 de septiembre de 2014.

- Historia de la Ley, Informe Comisión de Salud, Página 18-24. Para consulta: <http://www.leychile.cl>. Fecha última consulta: 18 de julio de 2014
- Lamas, Marta. “Algunas reflexiones relativas al derecho de decidir sobre el propio cuerpo”, ponencia presentada en el Curso “Género y Cohesión Social”, Universidad de Barcelo con el apoyo de AECI y fundación carolina. Barcelona, abril 2007.
- Mancini, Roberto. Conflictos bioéticos en transplante de órganos y tejidos. Primer encuentro iberoamericano sobre “transplante de órganos y tejidos”, Buenos Aires, 20 de agosto de 2002.
- Nadel, Mark S. and Nadel, Carolina A. (2005) "Using Reciprocity To Motivate Organ Donations," Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics: Vol. 5: Iss. 1, Article 5. Disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjhple/vol5/iss1/5/> . Fecha última consulta: 10 de octubre de 2014.
- Rithalia, ámbar; McDaid, Catriona; Suekarram, Sara; Myers, Lindsey y Sowden, Amanda (2009). “Impacto de la presunción de consentimiento para la donación de órganos en los índices de donación: una revisión sistemática”.
- Rodriguez A, David. Casado D, Antonio. El Consentimiento para la Donación de Órganos: Tipología. Ensayos sobre Bioética. Ediciones Universidad de Salamanca. I Edición Octubre de 2009. Disponible en <http://books.google.cl/books?id=6miN77QhAZkC&pg=PA195&lpg=PA195&dq=sistemas+opt+in+opt+out+donation+organs&source=bl&ots=UZzLbo-x3I&sig=DNBfjKbAIJDHXL3obZsOzCvFq7U&hl=es&sa=X&ei=WugMVNjXMIbgsATF8oHQCQ&sqi=2&ved=0CFIQ6AEwCg#v=onepage&q&f=false>. Fecha última consulta: 10 de octubre de 2014.
- Yosuke Shimazono (2007): “The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information”. Disponible en <http://www.who.int/bulletin/volumes/85/12/06-039370/en/> . Fecha última consulta: 17 julio de 2014.