



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO  
TESINA



**DONACIÓN DE ÓRGANOS EN CHILE:  
RAZONES POR LAS CUALES ES LEGÍTIMO EXCLUIR EL  
CONSENTIMIENTO FAMILIAR**

Alumno : José Molina Cayuqueo.

Profesora guía : Dra. Alejandra Zúñiga Fajuri.

Valparaíso, octubre de 2016.

## **RESUMEN**

El índice de donantes efectivos de órganos cadavéricos para trasplante que exhibe Chile es insignificante, constituyendo una barrera relevante la negativa familiar que el año 2015 alcanzó una desproporcionada cifra de 53%. En esa línea, se desarrollarán las razones que legitiman la exclusión de los familiares del proceso de donación y se expondrá una propuesta de reforma legislativa que permita superar las deficiencias del actual sistema.

**Donación de órganos cadavéricos para trasplante – Consentimiento familiar**

## ÍNDICE.

<b>CAPÍTULO I</b> .....	5
<b>Exclusión del consentimiento familiar como mecanismo para aumentar los índices de donación de órganos en Chile</b> .....	5
1. <b>Legislación vigente sobre trasplante y donación de órganos</b> .....	5
2. <b>Voluntad del difunto versus voluntad de la familia</b> .....	7
2.1 <b>Moción que modifica la Ley N° 19.451 (Boletín N° 10.453-11)</b> .....	7
3. <b>¿Es admisible el modelo de consentimiento “tácito” de <i>ejercicio</i> “absoluto”?</b> .....	9
3.1 <b>Legislación de España</b> .....	10
3.2 <b>Legislación de Colombia</b> .....	11
4. <b>Razones por las cuales es legítimo excluir el consentimiento familiar</b> .....	13
4.1 <b>“¿Derecho al veto?”, razones consecuencialistas y valores en juego</b> .....	14
4.2 <b>El consentimiento “presunto” tiene idéntico valor que el consentimiento “explícito”, “duda fundada” y principio de autonomía</b> .....	17
<b>CAPÍTULO II</b> .....	23
<b>Propuesta de reforma legislativa en materia de donación de órganos en Chile</b> .....	23
1. <b>Moción que modifica la Ley N° 19.451 (Boletín N° 10.723-11)</b> .....	24
2. <b>Propuesta de reforma legislativa en Chile</b> .....	25
<b>CONCLUSIONES</b> .....	30
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	31

## INTRODUCCIÓN

Es una quimera pretender que logremos satisfacer plenamente la creciente demanda de órganos cadavéricos para trasplante. Ni siquiera España, país líder mundial en cifras de donantes efectivos, está cerca de cubrir las listas de espera, perdiéndose vidas de igual manera. Pero sí podemos aspirar a proveer a los potenciales receptores, al menos en una medida que no diste del promedio mundial, un recurso sanitario escaso como son los órganos de cadáver. Los índices de donantes efectivos en nuestro país son alarmantes. Según informe del Ministerio de Salud, el año 2015 se registró una bajísima tasa de 7 donantes efectivos por millón de habitantes, en contraste a los 18/1.000.000 registrados por Uruguay, país líder en la tasa de donantes efectivos en Latinoamérica. Y la tasa de nuestro país representa proporcionalmente sólo 1/5 de la exhibida por España, cuya tasa de 2015 ascendió a 35,1/1.000.000 (“Datos de donantes de órganos y receptores de 2015”, 2016: p. 2).

No obstante lo anterior, en comparación a la cifra registrada desde enero a febrero de 2015, durante enero a febrero de 2016 se ha experimentado un interesante crecimiento de 37,5% en relación al número de donantes efectivos, con una cifra que asciende a 24 en contraste a los 9 registrados en mismo período del año anterior (“Datos de donantes de órganos y receptores a febrero de 2016”, 2016: p. 16). Pero representando aquella muestra sólo dos de los doce meses que incluye un año calendario, sería apresurado concluir si la modificación normativa de 2013 que consolidó de la regla del “consentimiento presunto” e introdujo el denominado principio de “reciprocidad” constituyó un recurso verdaderamente útil.

Los bajos índices de donación de órganos cadavéricos que exhibe nuestro país nos conmina a evaluar seriamente la incorporación de mecanismos que permitan disminuir la brecha existente entre quienes demandan órganos para trasplantes; es decir, los potenciales receptores incluidos en listas de espera; y la oferta representada por quienes una vez verificada la muerte cerebral son potenciales donantes. En este sentido, Chile registró el año 2015 una negativa familiar récord de 53% (“Datos de donantes de órganos y receptores de 2015”, 2016: p. 10), cuyo ascenso se ha ido acentuando en los últimos años, por lo que representando una barrera relevante a la donación, en el primer capítulo defenderé la exclusión del consentimiento familiar en el proceso de donación desde la perspectiva de los sistemas de consentimiento “explícito” y “presunto”, con especial referencia a las razones que legitiman la exclusión de la participación familiar. Finalmente, en el segundo capítulo expondré una propuesta de reforma legislativa en

cuanto a donación de órganos cadavéricos para trasplante en Chile, inspirándome en los principios suministrados por la literatura especializada.

## CAPÍTULO I

### **Exclusión del consentimiento familiar como mecanismo para aumentar los índices de donación de órganos en Chile**

#### **1. Legislación vigente sobre trasplante y donación de órganos**

“Las normativas sobre trasplante de órganos pueden clasificarse en función del carácter, la condición y el ejercicio del consentimiento del donante. De este modo, es posible identificar distintos modelos de trasplante en atención, primero, a si es necesario o no que conste la voluntad expresa del donante de órgano. Si lo es, se trata de un modelo de donación ‘explícita’ u ‘*opting in*’; de lo contrario, si se asume que todas las personas son potenciales donantes a menos que señalen lo contrario, estamos ante un modelo de ‘consentimiento presunto’ u ‘*opting out*’” (Zúñiga, 2015: p. 1331). Además, “(...) estaremos frente a un modelo ‘condicionado’ si se exige una condición como requisito para ser receptor de un órgano. Si aquella no se pide, se tratará de un modelo ‘universal’. Finalmente, el sistema será ‘absoluto’ si se considera sólo la voluntad del donante, sin valorar la voluntad de la familia. Si esta última tiene injerencia en la decisión, llegando incluso a modificarla, estaremos en presencia de un modelo ‘restringido’” (Merino y Urtubia, 2015: p. 168).

Con fecha 1 de octubre de 2013 entró en vigencia la Ley N° 20.763 que modifica los artículos 2° bis y 9° de la Ley N° 19.451 respecto a la determinación de quiénes pueden ser considerados donantes de órganos, consolidando la institución del “consentimiento presunto” e introduciendo la denominada regla de “reciprocidad”. Pretendiendo el legislador imponer a quienes no deseen ser donantes un esfuerzo que demande una reflexión más intensa que la simple negativa asociada a determinado trámite obligatorio, se dispuso que la negativa a la donación sea exclusivamente manifestada mediante declaración jurada ante notario público, siendo deber de la notaría informar de aquello al Servicio de Registro Civil e Identificación a efectos del ingreso al Registro Nacional de No Donantes. Durante la discusión de aquella modificación normativa (Boletín N° 7849-11) existió consenso en que el sistema vigente facilitaba en demasía la oposición a la donación considerando que la manifestación de voluntad

estaba asociada a un trámite obligatorio<sup>1</sup> que por esencia demanda celeridad, por lo que la negativa no era meditada, y cuando lo era se sustentaba en desconocimiento de la ley de “donante universal”. De esta manera, el Registro Nacional de Donantes aumentaba progresivamente mientras que la opción afirmativa no se registraba al prevalecer la condición de “donante automático”.

Pero actualmente el artículo 2º bis de la Ley 19.451, que establece normas sobre trasplante y donación de órganos, dispone que verificada la muerte cerebral toda persona mayor de dieciocho años será considerada por el solo ministerio de la ley como donante de sus órganos, a menos que esté incluida en el Registro Nacional de No Donantes. No obstante la voluntad se presume, el predicho artículo dispone que “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...”, quienes son los familiares del difunto. Aunque la ley dispone que el consentimiento familiar debiera requerirse sólo cuando exista “duda fundada”, la autoridad sanitaria ha pretendido extender la aplicación de la ley a “todo evento”, lo que no tiene justificación y es tremendamente perjudicial según las cifras previamente expuestas.

El protocolo de trasplante del Ministerio de Salud ha legitimado exigir como etapa ineludible el consentimiento o autorización de los familiares del fallecido, firmando aquellos las respectivas actas legales para que proceda la donación. De esta manera, la aparición de un donante activa una cadena de procedimientos logísticos denominada “procuramiento”, la cual finaliza con la realización del trasplante (“Etapas de un trasplante”, 2015: p. 1). La primera etapa de un trasplante consiste en la detección del potencial donante una vez constatada la muerte cerebral, mientras que en la segunda etapa se activa el sistema de “procuramiento” consistente en que la Coordinación Nacional de Trasplantes del Ministerio de Salud con la información proveída por el Coordinador Hospitalario alerta a los centros de trasplante para comenzar la identificación de los potenciales receptores. En la tercera etapa verifica a través del Coordinador Hospitalario la entrevista a los familiares del potencial donante. Finalmente, luego de consolidada la etapa de asignación de órganos propiamente tal, se realiza el trasplante.

---

<sup>1</sup> Obtención o renovación de cédula de identidad en Servicio de Registro Civil e Identificación, u obtención o renovación de licencia de conducir vehículos motorizados ante el Departamento de Tránsito del municipio respectivo.

En definitiva, el modelo chileno es “tácito”, “condicionado” y, en la práctica, de *ejercicio* “restringido”, por lo que se presume la condición de donante a menos que se haya en vida manifestado expresamente lo contrario, se establece una regla de prioridad para trasplante y no se considera determinante la voluntad tácita frente a la donación, siendo aceptado en la práctica que la familia se oponga a la extracción.

## 2. **Voluntad del difunto versus voluntad de la familia.**

En nuestro modelo de consentimiento “tácito”, “condicionado” y de *ejercicio* “restringido”, la voluntad “tácita” de quien legítimamente pretendía que sus órganos de cadáver fueren extraídos estará supeditada al mero arbitrio de sus familiares. Es evidente que quien está incluido en el Registro Nacional de No Donantes no merece duda respecto a su condición de tal, por lo que sería inadmisibles pretender que contraviniendo la voluntad expresada en vida por el difunto se procediera a la extracción de órganos para trasplante. Los fundamentos que sustentan aquella tesis son los mismos que cimentan la idea de que el consentimiento “explícito” a la donación prevalece por sobre el deseo de los familiares a proceder a la extracción, por lo que el estudio se vinculará al Proyecto de Ley expuesto a continuación con el propósito de brindar coherencia a la línea argumentativa.

### 2.1 **Moción que modifica la Ley N° 19.451 (Boletín N° 10.453-11).**

En diciembre de 2015 fue presentada una moción que modifica la Ley N° 19.451 (Boletín N° 10.453-11) con el objeto de promover el trasplante y la donación de órganos en nuestro país, pretendiendo restringir la intervención de familiares de manera tal que la manifestación afirmativa registrada por funcionario de Registro Civil a propósito de la obtención o renovación de la cédula de identidad será siempre respetada y prevalecerá para determinar la donación de sus órganos. Respecto de quienes en vida no hubieren expresado su negativa operará el requerimiento familiar conforme al orden de prelación vigente en el contexto de la “duda fundada”. El artículo único de la moción dispone lo siguiente, a saber:

**Artículo único.** *Modifíquese la Ley N° 19.451 sobre Donación y Trasplante de Órganos en el siguiente sentido:*

1° *Introdúcese la siguiente modificación al artículo 2° bis de la Ley, antepóngase en su inciso segundo antes de la expresión “toda persona mayor de dieciocho años...”, lo que sigue:*

*Para los efectos de esta ley, toda persona podrá en vida, en forma expresa:*

1. *Manifestar su voluntad afirmativa a la donación de los órganos o tejidos de su propio cuerpo. Para lo cual todo funcionario del Servicio de Registro Civil e Identificación estará obligado a recabar, inquiriendo por la voluntad de ser donante de órganos a las personas plenamente capaces, mayores de dieciocho años, que concurran ante dicho organismo a realizar cualquier trámite relativo a la cédula de identidad, tal como su obtención o renovación. El interesado deberá responder el requerimiento manifestándose a favor de ser donante. En caso de la negativa de ser donante, no se tomará registro alguno, pues la alimentación del Registro Nacional de No Donantes corresponde únicamente a las notarías públicas del país, debiendo el funcionario del servicio informar que ante dicho ministro de fe debe acudir a manifestar su voluntad negativa de ser donante. Dicha manifestación a favor de ser donante será asentada en el documento nacional de identidad del declarante y se procederá a comunicarla en forma inmediata a la Coordinación Nacional de Trasplantes radicada en la División de Gestión de Redes Asistenciales. Esta voluntad será siempre respetada y ha de prevalecer para determinar la donación de sus órganos.*

2. *Manifestar su voluntad negativa a la donación de sus dos órganos y/o tejidos. Para lo cual deberá manifestar su voluntad en tal sentido en una notaría pública del país, estando el notario público que hubiere dado fe pública de dicha declaración obligado remitir los antecedentes al Servicio de Registro Civil e Identificación para el registro del titular de la manifestación de voluntad en el Registro Nacional de No Donantes llevado por el servicio.*

*En los casos que las personas no hubieren manifestado expresamente su voluntad de ser donante de órganos o su negativa a serlo, según lo regula esta norma anteriormente, se registrará la donación de órganos por el Principio de donante universal.*

De aprobarse aquella moción se evitaría que la intervención de familiares frustrase el proceso de donación cuando se hubiere verificado consentimiento “explícito”, de manera tal que Chile tendría un sistema mixto de obtención de órganos cadavéricos donde todos tendríamos la posibilidad de expresamente consentir en la extracción (ante Registro Civil) u oponernos a ella (ante notario público), y a falta de aceptación u oposición se perpetuaría el exigir el consentimiento familiar para proceder a la extracción. Siendo asociada la variante de consentimiento “explícito” a un trámite obligatorio de carácter masivo, todas las personas tendrían la posibilidad de ser potenciales donantes, pretendiendo los legisladores garantizar sólo en tal sentido el ejercicio “absoluto” del consentimiento.



Desde la defensa del principio de autonomía poderosos argumentos avalan que el consentimiento “explícito” a la extracción o su oposición a ella prevalecen por sobre la opinión contraria de los familiares, quienes no cuentan con legitimación para revocar aquella manifestación. Mendoza, siguiendo a Beauchamp y Childress, sostiene que la autonomía como principio cardinal de la bioética médica exige que “(...) en vida la persona tome una decisión autónoma y responsable para convertirse en donante en caso de muerte encefálica. Lo anterior lo puede realizar mediante instrumento notarial, documento privado o carné único nacional de donación de componentes anatómicos. La voluntad que manifieste el donante prevalecerá sobre la de sus deudos” (Mendoza, 2007: p. 273). También se afirma que “autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas sin obstruir sus decisiones a menos que produzcan claro perjuicio a otros. Una acción se considera autónoma cuando ha pasado por el trámite del consentimiento informado” (De Frutos, 2015: p. 51).

No desconozco que los órganos se extraen de un cadáver que per se no es persona, por lo que mal se podría afirmar que es titular de derechos o intereses. No obstante, convenimos en la legitimidad social de respetar los intereses manifestados expresa o tácitamente en vida por el difunto en cuanto a la disposición de sus órganos cadavéricos para trasplante, reconociendo el valor preponderante de la libertad de la persona y promoviendo con ello la solidaridad y utilidad pública, salvándose vidas.

Es indudable que admitir una variante de consentimiento “explícito” constituiría un retroceso en nuestra legislación, por cuanto contribuye más eficientemente a la obtención de órganos cadavéricos para trasplante un sistema de consentimiento “tácito”, “condicionado” y de *ejercicio* “absoluto”, siendo la dirección correcta perfeccionar el modelo vigente excluyendo el consentimiento familiar que pretender articular un sistema mixto o, peor aún, de consentimiento únicamente “explícito”.

### 3. ¿Es admisible el modelo de consentimiento “tácito” de *ejercicio* “absoluto”?

Un modelo de *ejercicio* “absoluto” busca excluir la intervención de familiares que a su mero arbitrio y contraviniendo la voluntad tácita del difunto no están dispuestos a consentir en la extracción. Toda vez que en vida se garantiza plena libertad para ingresar al Registro Nacional de No Donantes, es imperativo que la legislación opte por excluir de plano el requerimiento familiar, prevaleciendo la voluntad “tácita” del difunto. Para dotar a este trabajo de una

perspectiva comparada, procederé a exponer lo relativo a política en materia de trasplantes de España y Colombia, respectivamente.

### 3.1 **Legislación de España**

El sistema español de donación de órganos es de consentimiento “presunto”, “universal” y, en aplicación irrestricta de la ley, de *ejercicio* “absoluto” puesto que se consagró “(...) un sistema de disponibilidad de órganos de personas fallecidas que operaría a modo de presunción *iuris tantum*, en el sentido de que procederá siempre la extracción salvo en el caso de que los donantes fallecidos hubieran dejado en vida constancia expresa de su oposición” (Rodríguez, 2015: p. 21). Sin embargo, aunque el Real Decreto 20/2009 dispone expresamente que se presume el consentimiento a la extracción salvo que conste oposición, en la práctica el modelo español es de *ejercicio* “restringido”, de manera tal que “(...) ante la dificultad de *averiguar la voluntad relativa* del propio paciente a la donación de sus órganos *y conocer si la ha mantenido hasta el momento de su fallecimiento*, se entiende que depositarios de dicha voluntad son los familiares. De este modo, la decisión se hace recaer indirectamente en los familiares de la persona fallecida. La confirmación de esta práctica se encuentra en los protocolos de actuación médica y en la información que los servicios sanitarios proporcionan a sus usuarios en la materia” (Trigo, Gallas y Puga, 2009: p. 63).

Así, siempre es la familia del donante la que accede a la donación si así lo considera. “La familia firma un consentimiento mediante el cual ratifica que el potencial donante nunca había hecho mención expresa de su oposición a donar una vez fallecido. Por tanto, es necesario preguntar a las familias sobre si conocían que el potencial donante se oponía a la donación de órganos, pero lógicamente, como condición previa, hay que comunicarles el fallecimiento de su familiar” (Pérez, 2016: p. 56).

En cuanto a qué ocurre si la familia del fallecido se opone a la donación, “(...) *esta no se lleva a cabo. La familia decide por encima de cualquier papel*. Una persona puede hacerse donante en un momento de su vida y cambiar después de opinión. La familia no autoriza ni deniega, sino que se supone que tiene conocimiento de la última voluntad del fallecido y lo pone de manifiesto” (Trigo, et. al., 2009: p. 64), sosteniéndose que “posiblemente la aplicación literal de la legislación vigente sobre donación de órganos pueda chocar con la sensibilidad de los familiares de la persona fallecida, en primer término, y con la sensibilidad de la sociedad en general, lo que sería

contraproducente desde la perspectiva de lograr el máximo respaldo social a los programas de donación y trasplante” (ídem: p. 65).

“Es objeto de indagación, por ello, la constatación no de si el posible donante fallecido habría mostrado su conformidad a la donación de haber estado en condiciones de exteriorizar su decisión, sino de si en tal contingencia hubiera mostrado su oposición a cederlos. No podemos hablar por ello, en puridad, de un auténtico consentimiento por sustitución, en el que se complementara la capacidad de decisión de quien ya no puede tomarla por sí mismo, porque ya no es persona, sino de indagar la verdadera voluntad sobre la realización de un acto que nada tiene que ver con su estado de salud” (Rodríguez, 2015: p. 21).

La única alternativa en España para pretender que la voluntad prevalezca es otorgar el documento de instrucciones previas que constituye un desincentivo al estar dotado de altas exigencias formales. El documento de instrucciones previas “contempla la posibilidad de que el otorgante manifieste en él su voluntad de convertirse en donante de sus órganos –todos o parte de sus órganos, piezas anatómicas y tejidos-, bien con fines terapéuticos, estos es, destinados al trasplante, bien docentes o de investigación, una vez se haya constatado el fallecimiento” (Atienza, Armaza y; Beriain, 2015: p. 166), garantizando con ello un poder de decisión que sea irrevocable por los familiares.

En definitiva, “la normativa en materia de donación de órganos se refiere genéricamente a familiares del donante, estableciéndose en su caso la obligación de *informar* a los familiares presentes en el centro sanitario” (Trigo et. al., 2009: p. 65) y no la obligación de requerir su consentimiento, pero la práctica ha legitimado lo contrario. Y como se demostró previamente, situación similar ocurre en Chile.

### 3.2 **Legislación de Colombia**

Colombia exhibió el año 2015 una tasa de donantes efectivos idéntico al de nuestro país; esto es, 7 donantes efectivos por millón de habitantes (“Datos de donantes de órganos y receptores de 2015”, 2016: p. 2). La legislación de donación y trasplante de órganos de Colombia vigente hasta mediados de junio de 2016 disponía que todo colombiano era potencial donante sus órganos, siendo procedente la extracción si la familia no se oponía dentro de las seis horas siguientes de constatada la muerte cerebral, o si no existía documento en que la persona haya manifestado su negativa, por lo que el sistema colombiano era de consentimiento “tácito”,

“universal” y de *ejercicio* “absoluto” no habiéndose opuesto la familia, porque de lo contrario el ejercicio era “restringido”.

El 4 de agosto del 2016 entró en vigencia la ley N° 1805<sup>2</sup> inspirada en el progresivo aumento de la negativa familiar y los bajos índices de donantes efectivos. El objeto del texto final es “ampliar la presunción legal de donación de componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos (art. 1°)”, por lo que “se presume que se es donante cuando una persona durante su vida se ha abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos, tejidos o componentes anatómicos después de su fallecimiento”, en tanto que “la voluntad de donación expresada en vida por una persona sólo puede ser revocada por ella misma y no podrá ser sustituida por sus deudos y/o familiares (art. 2°)”.

En cuanto a la oposición a la presunción legal de donación, el art. 4° dispone que “toda persona puede oponerse a la presunción legal de donación expresando su voluntad de no ser donante de órganos y tejidos mediante un documento escrito que deberá autenticarse ante Notario Público y radicarse ante el Instituto Nacional de Salud (INS). También podrá oponerse al momento de la afiliación a la Empresa Promotora de Salud (EPS), la cual estará obligada a informar al Instituto Nacional de Salud (INS)”, de manera tal que en lo referido a la prueba de la oposición a la donación de órganos y tejidos, “en caso de duda o inconsistencia en la documentación, el médico tratante tendrá la obligación de consultar el Registro Nacional de Donantes, en aras de verificar la condición de donante. Esta será la única prueba de obligatoria consulta (parágrafo 1° del art. 4°)”, descartándose que la “duda” sea resuelta por los familiares.

Además, “el Registro Nacional de Donantes estará a cargo del Instituto Nacional de Salud (INS), que deberá mantenerlo actualizado y abierto a la consulta de todas las instituciones médicas de manera instantánea para constatar la calidad de donante de la persona. La consulta del Registro Nacional de Donantes, previo a cualquier acción para la donación, es obligatoria para la entidad médica. La reglamentación fijará las sanciones a esta infracción (art. 16)”, “la información contenida en el Registro Nacional de Donantes estará protegida por Hábeas Data, excepto lo dispuesto en la ley (parágrafo 1° del art. 16) y “las Empresas Promotoras de Salud

---

<sup>2</sup> Disponible en:  
<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201805%20DEL%2004%20DE%20AGOSTO%20DE%202016.pdf>

(EPS) están obligadas a enviar la información de manera inmediata para alimentar el Registro Nacional de Donantes (parágrafo 2° del art. 16.).

Además de excluir el consentimiento familiar, no menos relevante es que la ley N° 1.805 restringe los trasplantes a extranjeros no residentes en Colombia, agrava las penas para el delito de tráfico de órganos e introduce en su art. 14 una exigencia de reciprocidad similar a la de nuestro país, disponiendo que “en aquellos casos donde dos personas en lista de espera de trasplante de órganos sean médicamente compatibles y tengan el mismo nivel de gravedad, el órgano será trasplantado a la persona que previamente acordó ser donante de órganos y se encuentre identificada como tal”.

En definitiva, “todos los colombianos son donantes de órganos a menos que una persona en vida manifieste que no desea serlo. Eliminamos la autorización de los familiares. Como dice un sacerdote amigo, una persona tiene una vida para oponerse y no se entiende que lo haga por él sus familiares una vez fallece” (Opinión del congresista Rodrigo Lara en “*Por ley, todos los colombianos serán donantes de órganos*”, Diario El Colombiano, 20/4/2016), y “la ley es muy positiva porque elimina un obstáculo para la donación, como la autorización de la familia, pero siempre será importante que ésta tenga la tranquilidad de que el proceso es manejado de forma transparente. Esto le da un espaldarazo al trasplante de órganos y le advierte a la gente que hay legalidad, transparencia y seriedad en el proceso, por lo que se garantiza el buen uso de los recursos de sus familiares” (Opinión del Coordinador de Trasplantes don José González en “*Polémica por nueva ley de donación de órganos*”, en Diario El País de Colombia, 22/4/2016).

#### **4. Razones por las cuales es legítimo excluir el consentimiento familiar**

En Chile el poder de veto de los familiares es de carácter absoluto, siendo inaceptable que la práctica médica y el protocolo de trasplante del Ministerio de Salud interpreten extensivamente la expresión “duda fundada”, presumiendo de facto que quien no esté incluido en el Registro Nacional de No Donantes merece “duda fundada” en cuanto a su condición de donante. Es indiscutible que “el principal factor que limita el número de donantes de órganos es el bajo porcentaje de familias que dan su consentimiento para la donación. A nivel mundial, del total de pacientes candidatos a donar, sólo al 85% se les realiza la entrevista familiar, y de estos el 47% otorga el consentimiento para la donación de órganos. Sin embargo, estos resultados contradicen

a las encuestas de opinión pública, las cuales muestran que más del 75% de los encuestados están a favor de donación y aceptarían donar sus órganos” (Rivera, Portillo y Tenando, 2014: p. 84). Las razones para excluir el consentimiento familiar no obstante estar conectadas entre sí, se abordarán separadamente para una mayor comprensión.

#### 4.1 “¿Derecho al veto?”, razones consecuencialistas y valores en juego

Previamente es necesario tener presente que es plenamente justificable requerir el consentimiento familiar cuando el potencial donante sea menor de dieciocho años, disponiendo el art. 10 de la Ley 19.451 que la autorización sólo procede previa expresa autorización de sus padres o representante legal. Pero la cuestión es controvertida respecto de quienes se verifica la muerte cerebral siendo adultos, y es que “¿no es más sensato asumir directamente que al no haber manifestado expresamente en vida su oposición, esta oposición no existe o, al menos, no existe de un modo taxativo?” (Rivera, 2015: p. 48). Adecuando a esta tesina lo reflexionando por Rivera en torno a un supuesto “derecho al veto” de los familiares (ídem: p. 48), para responder a la interrogante sobre si un modelo de consentimiento “tácito” y de *ejercicio* “absoluto” atentaría contra un “derecho” de la familia a decidir el destino del cuerpo del difunto, tendríamos las siguientes premisas, a saber: a) jurídica y moralmente no se justificaría que los familiares pretendiesen que proceda la extracción cuando el difunto esté incluido en el Registro Nacional de No Donantes, y asimismo; b) no se justificaría que de aprobarse la moción parlamentaria expuesta en el subtítulo 2.1, los familiares pretendiesen oponerse a la extracción cuando en vida el difunto hubiere explícitamente consentido ser potencial donante de sus órganos cadavéricos ante funcionario de Registro Civil.

De esta manera, Rivera afirma que “(...) desde el punto de vista estrictamente normativo, pienso que no existe un derecho (jurídico o moral) de la familia de oponerse a la voluntad del potencial donante (sea esta voluntad explícita o tácita)” (Rivera, 2015: p. 50). Finalmente, sostiene que excluyendo a las razones *humanitarias*, “las únicas razones que pueden llevar a concederles este poder de veto son de carácter consecuencialista: el temor a perder aún más donantes o a no poder llevar a cabo la ablación exitosamente. Estas razones son válidas, pero obviamente se contraponen a otras razones, también consecuencialistas, para proceder a la ablación: disminuir la escasez de órganos para trasplante y salvar la vida de personas en lista de espera” (Rivera, 2015: p. 52).

En un *primer nivel* es indiscutido que los familiares del difunto carecen de un derecho propiamente tal que les permita intervenir en el proceso de donación, por lo que ante una eventual judicialización por extracción de órganos cadavéricos en contravención a la voluntad de los familiares, ¿qué derecho podrían aquellos válida y legítimamente invocar? Ninguno. Seguidamente, en un *segundo nivel* se ubican las razones *humanitarias* y *consecuencialistas*, respectivamente.

**a.** Respecto de las razones *humanitarias*, evidente es que los familiares del difunto en cualquier escenario están condenados a sufrir, por lo que proceder a la extracción sin su consentimiento sólo constituye un accesorio al que los familiares no tienen, por lo demostrado en el *primer nivel*, derecho a evitar. Y procediendo a la extracción sin el consentimiento familiar, el dolor adicional que eventualmente podría sufrir por la imposición legal se vería extensamente compensado en virtud de las vidas que con el trasplante se salvarán, y todos quienes gozarán de condiciones de vida más dignas.

Constituyendo la muerte el núcleo central del sufrimiento, bastaría con brindar humanitariamente a los familiares “(...) contención psicológica y ayuda espiritual por algo trágico e irreversible que les ha ocurrido” (Rivera, 2015: p. 50) e informales apropiadamente, sin perjuicio de respetar la voluntad tácita del difunto.

**b.** Respecto de las razones *consecuencialistas*, es preciso distinguir aquellas atinentes a la defensa de la intervención familiar de aquellas que optan por negarles participación en el proceso de donación.

**b.1** Extendiendo las indicadas por Rivera, las razones *consecuencialistas* que sustentan la defensa de quienes están dispuestos a que los familiares revoquen la voluntad expresa o tácita del difunto son las siguientes, a saber: “no importa el sistema utilizado, considerando la idiosincrasia nacional en la cual decisiones importantes en salud pasan por el núcleo familiar, no es aconsejable excluir a la familia del proceso de donación. Ellos deben ser tratados con el máximo respeto, ya que son ellos los que con posterioridad relatarán a sus conocidos la experiencia vivida, y si ésta fue negativa puede tener una influencia contraria a la donación en la opinión pública” (Álvarez, 2007: p. 247). También, “el respeto a la autonomía de los donantes frente a la negativa familiar podría correr el riesgo de derivar en una no despreciable publicidad negativa o dañina a la práctica de donación de órganos” (Consolo y Wigmore, 2014: p. 335). Respecto al sistema español se sostiene que “a pesar de no ser obligatorio puesto que la ley en

España asume a todos como potenciales donantes, se pide el consentimiento de los familiares para la donación de órganos. Esta práctica intenta evitar conflictos y el rechazo social a los programas de donación” (Herederó y López, 2012: p. 334) lo que no está respaldado por evidencia empírica salvo el remoto y escasamente documentado caso de Brasil que en 1997 adoptó un modelo de consentimiento presunto de *ejercicio* absoluto permitiendo oponerse en vida a la extracción y excluyendo el consentimiento familiar, cuya ley fue derogada al año siguiente debido a desconfianza institucional y acusaciones de robo de cuerpos (Organ Donation Taskforce, 2008: p. 23) siendo consecuencia directa de falta de transparencia en el sistema. Actualmente su símil austríaco ha demostrado ser verdaderamente efectivo exhibiendo el año 2015 un índice de donantes que asciende a 24.2/1.000.000<sup>3</sup> y el artículo 62 de su legislación sobre donación de órganos y trasplantes consagra expresamente la presunción a la donación salvo que se acredite la negativa declarada previa a la muerte del potencial donante por él mismo o por su representante legal<sup>4</sup>. El que de excluir a los familiares produciría rechazo masivo de la población al sistema es una especulación y legislar en base a especulaciones claramente no es la dirección correcta.

**b.2** Respecto de las razones *consecuencialistas* que optan por negar a los familiares participación en el proceso de donación, identifiqué la lógica consideración en cuanto a que excluir el consentimiento familiar como etapa ineludible en el proceso de “procuramiento” de órganos cadavéricos derivará en un incremento significativo del índice de donantes efectivos, considerando que el año 2015 el porcentaje de negativa familiar a la extracción ascendió a un 53%, por lo que se lograría satisfacer en mayor medida la creciente demanda de órganos para trasplante.

Considerando lo anteriormente expuesto, es imperativo concluir que son poderosísimas las razones consecuencialistas que optan por negar participación a los familiares en el proceso de donación, de tal manera que desplazan y anulan a las razones consecuencialistas que defienden el veto familiar. A propósito del contraste de los valores en juego, uno de los principios de la

---

<sup>3</sup> Véase la página web del Registro internacional de donación de órganos y trasplantes: <http://www.irodat.org/?p=database&c=AT#data>

<sup>4</sup> Véase la norma en idioma inglés de “Austrian Hospitals Acts” disponible en la página web del departamento de Salud austríaco: <http://www.goeg.at/en/Area/Austrian-Hospitals-Act.html>



moral tradicional es aquel en virtud del cual nos es imperativo elegir el “mal menor” cuando resulte imposible evitar la acción y las diferentes elecciones disponibles conduzcan en cualquier caso a un resultado más o menos negativo. En el caso de extracción de órganos cadavéricos sin consentimiento familiar, se aprecia que el fin justifica las consecuencias; es decir, el efecto no deseado (familiares insatisfechos) no invalida la legitimidad de una acción de por sí lícita (la extracción) que, sin embargo, lo implica como consecuencia previsible e inevitable.

Resulta evidente que la extracción de órganos cadavéricos está situada en un nivel jerárquico superior al de determinados intereses familiares. De esta forma, más allá de discriminar entre lo que está bien y lo que está mal, se procede a comparar los valores en juego, en virtud de lo cual concluyo que es plenamente justificable proceder a la extracción como medio directo para garantizar el *ejercicio* “absoluto” de la voluntad tácita del difunto, teniendo sólo como efecto secundario y no deseado la insatisfacción de los familiares, quienes no cuentan con legitimación para ejercer veto alguno, por cuanto no existe un “derecho al veto” ni argumentos de principios que lo amparen, por lo que el respeto a los deseos manifestados expresa o tácitamente por el difunto en vida sólo podría limitarse si la extracción de órganos cadavéricos afectase derechos fundamentales de otros o supusiera consecuencias verdaderamente extremas, situaciones las cuales jamás se verificarán.

“¿Para qué querrían aquellos un órgano o un conjunto de órganos que no tienen ninguna utilidad más allá de ser trasplantados en quienes sí pueden hacer buen uso de ellos? En los casos de silencio, por lo tanto, la familia debería <soportar> la extracción del órgano de la misma manera que soporta muchas otras restricciones que el poder público, en aras de lograr objetivos valiosos como la protección de la salud pública o la investigación criminal, impone sobre la disposición del cadáver” (De Lora y Zúñiga, 2009: pp. 234-235). En definitiva, podemos legítimamente aspirar a implantar un genuino sistema de *ejercicio* “absoluto” del consentimiento “tácito”, excluyendo el consentimiento familiar y con ello prevaleciendo la voluntad “tácita” y soberana del individuo.

#### 4.2 **El consentimiento “presunto” tiene idéntico valor que el consentimiento “explícito”, “duda fundada” y principio de autonomía.**

Siguiendo el contraste que plantea Hughes entre el modelo de “consentimiento presunto” y la “presunción de inocencia” en los Estados Unidos (Hughes, 2009: p. 7), es cierto que la

“presunción de inocencia” como derecho fundamental debe ser respetada durante toda la extensión del procedimiento penal, de manera tal que nadie podría ser condenado por sospecha en atención a que el interés público se inclina por dejar impune a un culpable que condenar a un inocente, por lo que sólo se podrá ser condenado si “más allá de toda duda razonable” se comprueba la culpabilidad en virtud de las pruebas aportadas por el Ministerio Público. En consecuencia, la “duda fundada” del art. 2° bis de la Ley 19.451 sólo podría sustentarse en que el difunto esté incluido en el Registro Nacional de No Donantes. Otras consideraciones como la consulta vinculante a los familiares, además de socavar y distorsionar las bases del sistema, no constituye per se un “estándar de prueba” genuinamente poderoso en atención a que no siempre los familiares respetarán la voluntad que conocían del difunto, o pudiesen inclusive desconocer aquella imponiendo de igual manera sus propias convicciones, por lo que mal se podría afirmar que el Coordinador Hospitalario sólo en atención al mérito del testimonio familiar arribe a la convicción “más allá de toda duda razonable” que el deseo del difunto en vida era que no le fuesen extraídos sus órganos cadavéricos, prevaleciendo la oposición familiar sobre la voluntad tácita o presunta.

Considerando la altísima brecha entre los órganos cadavéricos disponibles para trasplante y los que demandan los potenciales receptores, el interés público en aras de la eficiencia y la justicia debiera inclinarse por una presunción de donación frente a una presunción de rechazo a la extracción, tal como en el ámbito penal es adecuado presumir la inocencia en vez de presumir la culpabilidad. Un acto altruista como la donación no es patrimonio exclusivo de un grupo minoritario sino que capitaliza el predominante apoyo de la población a la donación, siendo inadmisibles concluir que ante el veto familiar y el silencio en vida del difunto, la inclinación del último era oponerse a la extracción. De esta manera, el modelo de consentimiento “tácito” y de *ejercicio* “absoluto” es plenamente compatible con la soberanía personal de individuo, en cuanto aquel en vida tuvo la posibilidad de no consentir en la extracción post-mortem a través de una declaración jurada ante notario público, por lo que “la regla por defecto cumple un papel preponderante pues señala claramente cuál es la preferencia del Estado sobre el punto en concreto, acompañándose en este caso del argumento de que, en todo caso, los ciudadanos pueden hacer uso del derecho de oponerse individualmente a la donación, lo cual defiende al Estado de posibles críticas relacionadas con su intervencionismo en la toma de decisiones” (Monroy, 2011: p. 28), siendo por lo demás comunes las situaciones en que el derecho interpreta el silencio como aceptación.

Vásquez, a su turno, arguye que “(...) hay buenas razones para preferir el consentimiento tácito al explícito. Así, por ejemplo, contra el argumento consecuencialista a favor del consentimiento explícito –que sostendría que implantar un modelo de consentimiento tácito podría acarrear tal malestar en la población que llevaría a un rechazo masivo y, en consecuencia, a que la cantidad de donantes disminuyera, en lugar de aumentar-, la experiencia internacional muestra que los países con modelos de consentimiento tácito poseen tasas de donación claramente más altas que aquellos con modelos de consentimiento explícito” (Vásquez, 2003: p. 215). En este sentido, “¿puede ser *tan* relevante el consentimiento de los familiares, se pregunta el autor (Rivera), como para sobrepasar el interés por salvar o prolongar la vida de una persona? Recordemos que el sujeto ya está muerto; la familia, por más profundo que sea su dolor, no lo va a recuperar. El daño más decisivo y dramático ya ha ocurrido. Siempre que se respeten normas mínimas de piedad con el fallecido –por ejemplo, restauración estética del cadáver, realizar la ablación en el menor tiempo posible, etc.- y de contención psicológica de los familiares, el dolor adicional de la ablación me parece difícil de comparar con el dolor producido por la muerte misma” (Vásquez, 2003: p. 216).

Rodolfo Vásquez, citado por Brena, “(...) justifica plenamente la presunción del consentimiento cuando el fin terapéutico de la ablación es inmediato. El valor de la vida del receptor debe prevalecer sobre el consentimiento o la autorización de los disponentes secundarios. En el caso del motivo terapéutico inmediato; es decir, cuando el órgano va a dar a un banco, Vásquez se inclina en pensar que tampoco en estos casos se requiere del consentimiento o de la autorización de los disponentes secundarios. Si el motivo es únicamente científico de investigación, considera la prevalencia de las *pietas familiae* (Brena, 2002: p. 804)”. También “es plenamente justificable disponer en vida para después de la muerte de los órganos cadavéricos para trasplante, siendo moralmente inaceptable que los familiares del difunto se nieguen a la utilización del cadáver como fuente de órganos para trasplante, de manera tal que la necesidad del potencial receptor y el beneficio que el trasplante le irroga desplaza a cualquier otra consideración en orden a no proceder a la extracción, por lo que el beneficio proporcional es demasiado bueno como para ser subordinado a otro fin” (Emson, 2003: p. 26).

Es evidente que la voluntad “tácita” debiera ser respetada y promovida durante toda la extensión del proceso de “procuramiento” de órganos cadavéricos, siendo preferente respetar los deseos en vida presumidos del difunto, garantizando asimismo el bienestar de los receptores de órganos y/o tejidos provenientes del donante cadavérico “múltiple”, que erigir una legislación

que banalmente atiende a las consecuencias previsibles y no deseadas que podría impulsar un porcentaje no significativo de familiares “insatisfechos”, a quienes desafortunadamente la práctica les otorga de facto la facultad de “abusar” desproporcionadamente del instrumento “duda fundada”.

La recurrente crítica esgrimida por quienes defienden el veto familiar ante la voluntad “tácita” es que de excluir a los familiares el sistema podría obtener órganos cadavéricos provenientes de quienes en vida, sin haber dejado constancia ante notario público, no consentían en la extracción post-mortem, de tal manera que “si una política de consentimiento presunto fuese adoptada, sería moralmente legítimo extraer órganos de individuos cuyos deseos sobre donación no se conocen” (Potts, Verheijde y Rady, 2010: p. 498). Aquella afirmación es incorrecta considerando que la voluntad tácita no tiene un valor inferior a la voluntad expresa, toda vez que el individuo en vida tuvo la opción de registrar su negativa ingresando al Registro Nacional de No Donantes, por lo que en ejercicio de su autonomía proyectó su deseo de ser potencial donante de sus órganos cadavéricos para trasplante en virtud del silencio al cual la ley le otorga valor de aquiescencia. En este sentido, “el principio de autonomía se hace evidente cuando una persona ejerce su derecho a la auto-determinación. Esto es la capacidad de un individuo a gobernarse a sí mismo y adoptar sus propias decisiones. En la tradición de la filosofía kantiana la libertad es un atributo innegable de la dignidad humana que le permite a la persona, a través de sus opciones o elecciones, revelar su singularidad. Por ejemplo, una persona que decide consentir en la donación de sus órganos ejercita su derecho a expresar su libertad. En otras palabras, esto significa que en la situación irreversible del final de la vida una persona desea disponer de sus órganos y donarlos a un receptor por la misma razón que en aras de la autonomía una persona podría negarse a donar sus órganos” (Blondeau, Godín y Gagné, 2009: p. 232). Si verdaderamente el margen de error permitiese extraer órganos cadavéricos de quienes en vida no desearon ser donantes, más allá de la presunción de conocimiento de la ley una vez publicada, la política que de mejor manera distribuye el “riesgo de error” es aquella que se inclina por garantizar el ejercicio *absoluto* de la voluntad “tácita”, excluyendo la intervención familiar.

Un modelo de *ejercicio* “absoluto” de la voluntad tácita no implica una pérdida de autonomía del individuo, ni menos imposición u coacción estatal. Todo lo contrario, se maximiza la esfera de autonomía y libertad personal al permitir en vida no consentir explícitamente en la extracción, recayendo la decisión en el propio individuo y no en la familia, por lo que “como en cualquiera otros casos de consentimiento por sustitución o representación, resulta siempre muy

dudoso que finalmente no sea la voluntad del representante, más que la del representado, la que realmente impere” (De Lora y Zúñiga, 2009: p. 234). Otorgar a los familiares un poder veto implica peligrosamente extender su intervención a un ámbito cuya decisión es estrictamente personal e intransferible, introduciendo la variante del individualismo familiar ajeno a los deseos del ahora difunto a quien la práctica por cuestionables razones consecuencialistas no confiere mecanismos para garantizar el *ejercicio* “absoluto” de su voluntad tácita post-mortem, y con ello el año 2015 una inaceptable cifra de 53% de los familiares chilenos frustraron la donación a seres sufriendos condenados a muerte de no ser trasplantados, o a quienes el trasplante podría maximizar sustancialmente su calidad de vida.

Es inadmisibile que la voluntad del individuo sea sustituida, más ni siquiera corroborada por los familiares. De lo contrario se configura el absurdo que la voluntad tácita del individuo quien fuese competente fuese reducida al mismo valor que sujetos incapaces cuyas decisiones son adoptadas por quien fuese su representante legal, por lo que una interrogante relevante a resolver es en qué condiciones o circunstancias es permisible que terceros (las familias) decidan por otros (los potenciales donantes). Cierito es que los familiares no tienen derecho a tomar decisiones a nombre de un adulto competente vivo (Consolo y Wigmore, 2014: p. 335), de modo que no se justificaría el operar consentimiento por sustitución luego de diagnosticada la muerte cerebral de un adulto competente aunque podría operar consentimiento por representación si nuestro sistema permitiese en vida designar a un representante (sea familiar o no) sobre quien recaiga la decisión.

Pero la presunción de donación plantea una discusión en torno a quienes son incapaces de adoptar decisiones tales como los menores de edad y los adultos mentalmente incompetentes, lo que sería mermado aplicando la presunción sólo a adultos autónomos, quienes son capaces de adoptar decisiones racionales (Vinay y Valsangkar, 2014: p. 405), de modo tal que “las propias nociones de autodeterminación, y en consecuencia de un derecho a la autodeterminación, se aplican sólo a seres que tienen ciertas funciones cognitivas bastante complejas, o que al menos tienen el potencial de desarrollarlas” (Buchanan y Brock, 2009: p. 126). En este contexto se sostiene que “la prestación del consentimiento para la extracción de órganos de persona fallecida muestra evidentes diferencias frente al concepto técnico-jurídico de consentimiento informado; aunque podría encontrar cierta similitud con las exigencias propias del llamado *consentimiento por sustitución* y, en el supuesto de menores o incapaces, con el supuesto del *consentimiento por representación*” (Rodríguez, 2015: p. 20).

Y “cuando de menores de edad o incapacitados judicialmente se trate, sí estaríamos hablando de un consentimiento por representación claramente emparentado con el consentimiento informado para la práctica de cualquier información médica” en que “el representante legal se convierte en el legítimo titular del derecho a oponerse a la extracción de todo o parte de los órganos, tejidos o células de su representado; no obstante, para tomar esa decisión tiene pleno derecho a ser convenientemente informado sobre las circunstancias que rodean la práctica de la extracción” (ídem: p. 21). También “(...) cuando nos enfrentamos al tratamiento de menores o adultos nacidos incompetentes no existe registro alguno de esa vida pasada que nos ayude a adoptar *el* punto de vista de quien antaño tuvo *un* punto de vista. No existiendo dicho rastro, es decir, no habiéndose poseído nunca perspectiva..., resulta engañoso y pueril –nunca mejor dicho– el ejercicio de elucubrar sobre la voluntad presunta” (De Lora, 2008: p. 129), de tal manera que el consentimiento familiar no es controvertido respecto de los incapaces quienes por razones obvias en vida no pueden válidamente registrar su negativa a la extracción. Tanto el ingreso al Registro Nacional de No Donantes y el silencio en vida son expresión de genuina autonomía, por lo que de extender a ellos la exclusión del consentimiento familiar configuraría una hipótesis de confiscación de órganos. Desde el punto de vista de la eficiencia, lo deseable sería que la ley dispusiera un término fatal para que los familiares intervengan, desde cuyo vencimiento operaría de pleno derecho la extracción.

También es procedente adicionar a nuestra batería de argumentos el evitar que los familiares intervengan en una instancia que podría ser emocionalmente compleja, al punto de disminuir la fuerza y credibilidad de su testimonio inclusive al nivel del predicho potencial donante mentalmente incompetente, toda vez que “la solicitud de donación se ve condicionada por la decisión que tome la familia en un momento de intenso *shock* emocional. Los profesionales sanitarios tienen la obligación de ayudar a estos familiares a aceptar la muerte como un hecho irreversible. Se debe proponer a la familia que acepte la donación como el único resultado positivo de esta situación dramática, siempre que se tenga la seguridad de que han aceptado la muerte. No se debe hablar de donación sin que los familiares comprendan y asuman el fallecimiento de su ser querido. La familia se encuentra en situación de crisis, se enfrenta a una situación en la que un suceso incontrolable, imprevisible, inesperado y masivo le ha provocado un impacto que puede llegar a ser incapacitante a nivel cognitivo, afectivo y motor, acompañado de la pérdida de control de la situación y de la capacidad de adoptar respuestas eficaces. De modo transitorio, la familia puede encontrarse imposibilitada para resolver adecuadamente los

problemas presentes, y más aún, para abordar situaciones novedosas o procesar información compleja. Puede llegar a padecer un estado de confusión y desorientación que requiera de un tutelaje y apoyo para poder afrontar, integrar y superar la situación” (Pérez, Lara y Gil, 2016: p. 57).

Claramente es complejo en tal situación de perturbación el adoptar una decisión sensata como la autorización para proceder a la extracción, en condiciones que ni siquiera logran asumir la pérdida y considerando la celeridad en que la entrevista familiar debe realizarse una vez verificada la muerte cerebral del potencial donante.

Esclarecedor es Romeo Casabona, quien sostiene que “con la solicitud formal actual de permiso a los familiares no sólo se está actuando de forma contraria a lo que la ley establece (lo que hemos admitido de manera prudente), sino que, lo que sí me parece grave, se está realizando una labor educativa negativa, puesto que se induce a creer a los familiares que son titulares de verdaderos derechos subjetivos sobre el cadáver, y que tienen un auténtico derecho a decidir sobre el particular...” (Casabona, 1996: p. 119), en circunstancias que la voluntad tácita tiene un valor idéntico al de la voluntad expresa, de tal manera que es inadmisibles pretender defender un sistema de consentimiento “presunto” de *ejercicio* “restringido”, siendo el sistema deseable uno de *ejercicio* “absoluto” en virtud del cual se le reconozca pleno valor a la voluntad tácita del individuo, siendo sólo titulares los familiares del derecho a recibir información en lo referido a la muerte del difunto y la extracción, por lo que los incisos tercero, cuarto y quinto del art. 2º de la Ley N° 19.451, que amparan la “duda fundada”, debieran ser expulsados de nuestro ordenamiento.

## CAPÍTULO II

### **Propuesta de reforma legislativa en materia de donación de órganos en Chile**

La propuesta de reforma legislativa será construida a partir de las críticas expuestas al Proyecto de Ley (Boletín N° 10.723-11) que pretende eliminar el concepto de “duda fundada” respecto a la calidad de donante, y con ello garantizar el consentimiento “presunto” de *ejercicio* “absoluto”, excluyendo la intervención de familiares cuando no conste oposición expresa del difunto.

1. **Moción que modifica la Ley N° 19.451 (Boletín N° 10.723-11).**

En mayo de 2016 fue presentada una moción que modifica la Ley N° 19.451 (Boletín N° 10.723-11) con el objeto de eliminar el concepto de “duda fundada” respecto a la calidad de donante, exponiendo que ello permitiría cumplir con el espíritu de la Ley N° 20.673 que consolidó la regla del consentimiento “presunto” e introdujo el denominado principio de “reciprocidad” al aumentar el número de donaciones y, correlativamente, de trasplantes al ser automática la donación en circunstancias que si una persona no consiente en la extracción deberá cumplir con lo dispuesto en el inc. 2° del art. 2° bis de la Ley N° 19.451 referido una “una documentación fidedigna otorgada ante notario público en la que conste que el donante en vida manifestó su voluntad de no serlo”, excluyendo el arbitrio familiar. El artículo único de la moción dispone lo siguiente, a saber:

**Artículo único.** *Introdúzcanse las siguientes modificaciones en artículo 2° bis de la Ley N° 19.451:*

*1° Elimínase los incisos 3° y 4°.*

*2° Reemplázase el inciso 5°, que pasa a ser 3°, la palabra “precedente” por “del inciso siguiente”.*

*3° Agréguese un nuevo inciso 4°: “Para efectos del inciso anterior se establece el siguiente orden de prelación:*

*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.*



4° *El anterior inciso 6° pasa a ser 5°.*

Aquella moción cumple con el objetivo de eliminar la expresión “duda fundada” pero resulta confuso que contemple en los reformados incisos 3° y 4° la intervención de los familiares en el procedimiento de trasplantes en circunstancias que el consentimiento de aquellos carecería de sustento al otorgarle pleno valor tanto a la presunción de donación como a la negativa a la extracción concretada en el ingreso al Registro Nacional de No Donantes. Se podría concluir que los incisos 3° y 4° amparan el consentimiento familiar cuando los potenciales donantes son menores de edad, pero aquello no es correcto considerando que el art. 10 de la Ley N° 19.451 regula tal situación otorgando facultad de decisión a sus padres o representante legal, y en lo referido a potenciales donantes mentalmente incompetentes la ley guarda silencio.

Continuando con la revisión de la moción, para dotar de legitimidad al sistema de consentimiento presunto la literatura especializada sostiene que las personas deberían tener fácil acceso a toda la información relevante sobre sus opciones y las consecuencias de adoptar cualquiera de ellas. Otra condición es que la persona debería contar con un período de tiempo razonable para manifestar su negativa de manera tal que una vez expirado aquel término sin oposición, válidamente se podría presumir el consentimiento. Finalmente, los costos de registrar la negativa deberían ser bajos o incluso insignificantes (den Hartogh, 2011: p. 7). Y siguiendo a de Lora, la presunción a la donación se construye sobre los siguientes tres presupuestos críticos: a) la persona cuyo consentimiento se presume tiene que ser competente (nada puede presumirse de alguien que no es capaz de ejercer la autonomía); b) el presunto donante está consciente de los cursos de acción alternativos y; c) la persona es titular de intereses post-mortem que deberían ser honrados en la mayor medida de lo posible (de Lora, 2014: p. 405), agregando el autor una relevante apreciación referida a que, a diferencia de la gran mayoría de los países que consagran un sistema de consentimiento presunto, España no cuenta con un registro oficial destinado a contener los datos de todos quienes se niegan a la extracción post-mortem, por lo que el modelo español sería una genuina confiscación de órganos de no mediar el consentimiento familiar de carácter vinculante (ídem: p. 407).

## 2. **Propuesta de reforma legislativa en Chile**

**Artículo único.** *Modifíquese la Ley N° 19.451 sobre donación y trasplante de órganos en el siguiente sentido:*

1° *Introdúzcanse las siguientes modificaciones en el artículo 2° bis de la Ley N° 19.451:*

- *Eliminase los incisos 3°, 4° y 5°.*
- *El anterior inciso 6° pasa a ser inciso 4°.*
- *Agréguese el inciso 3° que dispondrá lo siguiente: “Luego de cumplidos los dieciocho años de edad existirá un período de vacancia de seis meses en que se requerirá el consentimiento de sus padres o representante legal quienes deberán adoptar medidas activas tendientes a consentir o denegar la extracción dentro del término de seis horas luego de diagnosticada la muerte cerebral, expirado el cual operará la presunción de donación. El ingreso al Registro Nacional de No Donantes será la única prueba de consulta obligatoria para efectos de determinar la procedencia de la extracción de órganos cadavéricos para trasplante. Aquella declaración será esencialmente revocable en vida por el donante también mediante documentación fidedigna otorgada ante notario público, quien deberá remitir dicha información al Servicio de Registro Civil e Identificación para efectos de su expulsión del Registro Nacional de No Donantes.*
- *Agréguese lo siguiente en el inciso 4° seguido a “(...) deberá tomarse en cuenta para priorizarlo respecto del que sí lo está”: “(...) y/o respecto de quien han transcurrido dos años desde que hubiese revocado su ingreso al Registro Nacional de No Donantes”.*

2° *Introdúzcase las siguientes modificaciones en el artículo 19 de la Ley N° 19.451:*

- *Agréguese lo siguiente seguido a “en caso de fallecimiento de menores de dieciocho años...”: “(...), dementes o sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente”.*
- *Agréguese lo siguiente seguido a “(...) en los términos señalados en el inciso segundo del artículo 6°”: “Los padres o representante legal son quienes deberán adoptar medidas activas tendientes a consentir o denegar la extracción dentro del término de seis horas luego de diagnosticada la muerte cerebral, expirado el cual se extraerán los órganos cadavéricos para trasplante de pleno derecho”.*

3° *Disposición transitoria: Las modificaciones introducidas a los artículos 2° bis y 10, respectivamente, de la Ley N° 19.451 regirán seis meses luego de publicada la presente ley.*

En definitiva, los *principios estructurales* sobre los cuales se debe erigir la implementación de un modelo de presunción a la donación de *ejercicio* absoluto serían los siguientes, a saber:

a. *Capacidad* (en el sentido del umbral mínimo) de la persona cuyo consentimiento se presume, lo cual fue desarrollado en el subtítulo 4.2 del Capítulo I.

b. Existencia de un *Registro Nacional* administrado por el Estado que contenga la nómina de quienes se niegan a la extracción, disponible en línea para pertinente consulta del equipo de trasplantes de establecimientos públicos o privados de salud como condición previa para proceder a la extracción.

c. La negativa que debe ser susceptible de expresarse mediante un *trámite sencillo* que demande un *bajo coste pecuniario* contempla las siguientes *tres directrices*.

c.1 Garantizar el *pleno ejercicio* de una eventual negativa a la extracción otorgando un período de vacancia luego de publicada la reforma a la ley de modo que las personas logren registrar su negativa previo a la entrada en vigor de la exclusión del consentimiento familiar, lo que se condice con la disposición transitoria de la ley N° 1805 de Colombia en orden a que la exclusión del consentimiento familiar y el principio de reciprocidad regirán seis meses después de su promulgación, siendo inadmisibles la vigencia inmediata luego de publicada en atención a que en Chile es de conocimiento público la actual fuerza vinculante del veto familiar y; otorgar un período de vacancia una vez cumplidos los 18 años de edad que permita en ejercicio de la autonomía reflexionar y concretar una eventual negativa a la extracción, expirado el cual operará la presunción a la donación o intervendrá el consentimiento familiar de encontrarse vigente el período de vacancia.

c.2 Garantizar que el ingreso al Registro Nacional de No Donantes sea *esencialmente revocable* por las personas. “Las personas tienen una capacidad para la autoevaluación reflexiva, para considerar cuáles quieren que sean sus motivaciones, en qué clase de personas quieren convertirse. Esto no significa negar que haya límites a la medida en que las personas pueden elegir o cambiar sus motivaciones y su carácter” (Buchanan y Brook, 2009: p. 49). Es irrisorio que no se permita en ejercicio de la libertad revocar las negativas manifestadas ante notario público, vocación de perpetuidad que es tremendamente perjudicial considerando que los legisladores en la discusión de la última reforma rechazaron dejar sin efecto las negativas expresadas ante funcionario del Servicio de Registro Civil bajo la anterior ley de “donante universal” acumulando una mayúscula cifra de 3.897.555 personas no donantes<sup>5</sup> a las que se

---

<sup>5</sup> Véase noticia de Diario La Tercera (28/9/2015):

agregan las 10.335 que hasta abril de 2016<sup>6</sup> han manifestado su negativa en notarías bajo la actual normativa, siendo presumible estimar que casi un tercio de la población adulta competente está excluida del sistema.

c.3 Merece consideración la *exigencia de reciprocidad* contemplada en el último inciso del art. 2° bis de la Ley N° 19.451. No obstante en la práctica es imposible que varias personas se encuentren en igualdad de condiciones para la recepción de un órgano, el espíritu de la ley fue que como incentivo de carácter “negativo” promoviera la justicia y la eficiencia, lo que sería coherente con disponer que revocado sea por una persona el ingreso al Registro Nacional de No Donantes será durante un término prudencial considerada como “no donante” a efectos de la exigencia de reciprocidad, evitando que el sistema sea burlado por quien presumiblemente integrando determinada lista de espera revoque la negativa con el propósito de inmediatamente abandonar la condición desventajosa en desmedro de quienes jamás han manifestado oposición a la donación post-mortem.

Seguidamente, serían necesarias las siguientes *medidas accesorias* que garanticen la eficiencia en la procuración de órganos cadavéricos para trasplante, a saber:

- Que la ley disponga un plazo para que los familiares consientan o rechacen la extracción luego de diagnosticada la muerte cerebral de incapaces (menores, dementes y sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente) o de quienes una vez cumplidos los 18 años de edad fallezcan encontrándose vigente el período de vacancia para registrar su negativa, vencido el cual se procediera de pleno derecho a la extracción ya no en consideración a una presunción (previamente se expuso que de los incapaces nada se puede presumir) sino que atendido el interés público en satisfacer los intereses de potenciales receptores.

- En relación a lo anterior, no menos importante sería regular que los padres o representante legal son quienes deben desplegar medidas activas tendientes a ejercer su derecho de no consentir dentro del plazo previsto por la ley, no recayendo la carga en el equipo de trasplantes. Lo último se inspira en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Petrova contra Letonia (2004) que condenó al Estado a pagar una indemnización por

---

<http://papeldigital.info/lt/2015/09/28/01/paginas/004.pdf>

<sup>6</sup> Véase noticia de Diario El Mercurio (27/4/2016):

<http://www.emol.com/noticias/Nacional/2016/04/27/799937/10-mil-chilenos-se-han-negado-en-notarias-a-ser-donantes-de-organos.html>

concepto de daño moral a consecuencia de no haberse ejecutado mecanismo alguno tendiente a que la demandante ejerciera el derecho de negarse a la extracción de órganos de su hijo, toda vez que a juicio del tribunal la legislación letona genera cierta incertidumbre sobre cómo opera en la práctica el consentimiento presunto (Lomas, 2014: pp. 181-182).

## CONCLUSIONES

Es banal pretender perseverar en un sistema que ha fracasado y no obstante la relación entre la presunción a la donación y las tasas de donación es compleja (Zúñiga, 2015: p. 1332) es innegable que el consentimiento familiar constituye una barrera relevante en Chile. Si bien los estudios realizados estiman que los países que consagran un sistema de consentimiento presunto tienen un índice de 28% a 32% superior de donación cadavérica en contraste a los países de consentimiento explícito (Burcu, 2015: p. 1571), los índices que exhibe nuestro país han sido desalentadores, incluso alterando la anterior tendencia (Tumin, Tafran y Mohd, 2015: p. 25).

El cambio a un sistema de consentimiento explícito claramente no es deseable ni recomendado tanto por la literatura especializada como por organismos internacionales. Inclusive en los países de consentimiento explícito continuamente se discute regular la regla contraria. Tampoco genera consenso el otorgar incentivos de carácter “positivo” a los familiares para promover su consentimiento (tales como financiar gastos funerarios, otorgar subsidios educacionales o beneficios tributarios) toda vez que la negociación entre el Estado (representado por el Coordinador Hospitalario) y los familiares (que representan sus propios intereses) resulta inadmisibles al demostrarse que son poderosas las razones que legitiman su exclusión, lo que debería ser atendido por los legisladores a la luz de los principios suministrados por la literatura especializada y desarrollados en la presente investigación.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros, capítulos de libros y artículos de investigación

- Álvarez, Hugo (2007): “Consentimiento presunto y respuesta requerida como alternativas a la escasez de donantes: un análisis ético”, en *Revista Chilena de Cirugía*, vol. 59, núm. 3, p. 247.
- Atienza, Elena; Armaza, Emilio, y; Beriain, Emilio (2015): “Aspectos bioético-jurídicos de las instrucciones previas o testamento vital en el contexto normativo español”, en *Acta Bioethica*, 21 (2), p. 166.
- Blondeau, Daniella; Godín, Gastón; Gagné, Camille y Matineau, Isabelle (2009): “Do ethical principles explain moral norm? A test for consent to organ donation”, en *Journed of Applied Biobehavioral Research*, vol. 9, p. 232.
- Brena, Ingrid (2002): “Reflexiones jurídicas en torno a los sujetos que intervienen en un trasplante de órganos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 105, p. 804 y 806.
- Buchanan, Allen y Brock, Dan (2009): *Decidir por otros*, Fondo de Cultura Económica, México (traducción de Laura Manríquez, Laura Lecuona y Claudia Chávez), p. 49 y 126.
- Burcu, Zeynep (2015): “Does presumed consent save lives? Evidence from Europe”, en *Health Economics*, 24 (12), p. 1571.
- Casabona, Romeo (1996): “Tendencias legales sobre los trasplantes de órganos”, en *Trasplantes de órganos: problemas técnicos, éticos y legales*, Javier Gafo (ed.), Universidad Pontificia Comillas, España, p. 119.
- Consolo, Henrietta y Wigmore, Stephen (2014): “Ethical and legal issues associated with organ donation and transplantation”, en *Surgery*, 32:7, p. 335.
- De Frutos, Miguel Ángel (2015): “Ética en donación de órganos: una alianza rentable”, en *Cuadernos de Medicina Forense*, 21 (1-2), p. 51.
- De Lora, Pablo (2008): “Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces”, en *Enrabonar*, 40/41, p. 129.
- De Lora, Pablo y Zúñiga, Alejandra (2009): *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*, Iustel, España, pp. 234-235.
- De Lora, Pablo (2014): “What does ‘presumed consent’ might presume? Preservation measures and uncontrolled donation after circulatory determination of death”, en *Medicine, Health Care and Philosophy*, 17 (3), p. 407.

- Emson, H. (2003): "It is immoral to require consent for cadaveric organ donation", en *Journal of Medical Ethics*, vol. 29, p. 26.
- Heredero, Carmen y López, David (2012): "El sistema español de trasplantes: un sistema de excelencia", en *Interciencia*, vol. 37, núm. 5, p. 334.
- Hughes, Paul (2009): "Presumed consent: state organ confiscation or mandated charity", en *HEC Forum*, 21 (1), p. 7.
- Lomas, Vicente (2014): "El consentimiento presunto en la legislación sobre trasplante de órganos y el derecho a la información de los familiares", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 12, pp. 181-182.
- Mendoza, Fernán (2007): "Aspectos ético legales del trasplante de corazón", en *Revista Colombiana de Cardiología*, vol. 14, núm. 5, p. 273.
- Merino, María del Pilar y Urtubia, Mack (2015): "Problemas bioéticos de la donación de órganos en la nueva ley chilena", en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 66, p. 168.
- Pérez, José Miguel; Lara, Ramón; Gil, Eladio; Bravo, Enrique; Alarcos, Francisco y Domínguez, Beatriz (2016): "Bioética de la información familiar en la donación en asistolia", en *Emergencias*, vol. 28, p. 57.
- Potts, Michael; Verheijde, Joseph; Rady, Mohamed (2010): "Normative consent for organ donation: a critique", en *Journal of Medical Ethics*, vol. 36, p. 498.
- Rivera, Eduardo (2015): "Donación de órganos y el papel de la familia. ¿Vale la pena repensar el tema?", en *Perspectivas bioéticas*, núm. 37-38, p. 48; 50 y 52.
- Rivera, Erika; Portillo, F; Tenando, V; González, F., y Vásquez, C. (2014): "Negativa familiar en un proceso de donación", en *Archivo de Neurociencias*, vol. 19, N° 2, p. 84.
- Rodríguez, J. (2015): "Reflexiones sobre el consentimiento de persona fallecida para la donación de órganos; la incidencia de la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en el caso Petrova v. Letonia", en "Cuadernos de Medicina Forense, 21 (1-2), pp. 20-21.
- Trigo, Belén; Gallas, Mercedes y Puga, Amalia (2009): "El consentimiento a la donación de órganos: profesionales sanitarios, pacientes y familiares", en *Comunicaciones*, vol. 18, número 2, pp. 63-65.
- Tumin, Makmor; Tafran, Khaled y Mohd, NurulHuda (2015): "Family response to presume consent system on organ donation from a review of literature", en *International e-Journal of Science, Medicine & Education*, 9 (3), p. 25.



- Vásquez, Rodolfo (2003): “Reseña de ‘Ética y trasplantes de órganos’ de Eduardo Rivera López”, en *Diánoia*, vol. XLVIII, núm. 50, pp. 215-216.
- Vinay, M. S., y Valsangkar, Sameer (2014): “Ethical and legal issues of presumed consent”, en *Journal of Indian Academy of Forensic Medicine*, vol. 36, N° 4, p. 405.
- Zúñiga, Alejandra (2015): “El consentimiento presunto y la regla de reciprocidad como mecanismos para aumentar la donación de órganos”, en *Revista Médica de Chile*, 143, pp. 1331-1332.

### Documentos electrónicos

- Den Hartogh, Govert (2011): “Tacitly consent to donate one’s organs”, en *ResearchGate*, p. 7. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/50936287\\_Tacitly\\_consenting\\_to\\_donate\\_one's\\_or\\_gans](https://www.researchgate.net/publication/50936287_Tacitly_consenting_to_donate_one's_or_gans) (fecha de última consulta: 9 de octubre de 2016).
- Ministerio de Salud (2016): “Datos de donantes de órganos y receptores de 2015”, pp. 2; 10. Disponible en: [http://web.minsal.cl/wp-content/uploads/2016/02/DONACION-DE-ORGANOS-2015\\_final.pdf](http://web.minsal.cl/wp-content/uploads/2016/02/DONACION-DE-ORGANOS-2015_final.pdf) (fecha de última consulta: 22 de junio de 2016).
- Ministerio de Salud (2016): “Datos de donantes de órganos y receptores a febrero de 2016”, p. 16. Disponible en: <http://web.minsal.cl/wp-content/uploads/2016/03/Resultados-Febrero-2016.pdf> (fecha de última consulta: 22 de junio de 2016).
- Ministerio de Salud (2015): “Etapas de un trasplante”. Disponible en: <http://www.minsal.cl/etapas-de-un-trasplante-de-organos> (fecha de última consulta: 22 de junio de 2016).
- Monroy, Daniel (2011): “El razonamiento heurístico y algunas implicaciones en el análisis económico del derecho: El caso de las normas sobre donación de órganos humanos”, en *Selected Works*, p. 28. Disponible en: [https://works.bepress.com/daniel\\_monroy/5/](https://works.bepress.com/daniel_monroy/5/) (fecha de última consulta: 22 de junio de 2016).
- Organ Donation Taskforce (2008): “The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK”, p. 23. Disponible en: <http://www.nhsbt.nhs.uk/to2020/resources/ThepotentialimpactofanoptoutsystemfororgandonationintheUK.pdf> (fecha de última consulta: 13 de octubre de 2016).

## **Entrevistas en Diarios electrónicos**

- Opinión del congresista Rodrigo Lara en “*Por ley, todos los colombianos serán donantes de órganos*”, Diario El Colombiano, 20/4/2016. Disponible en: <http://www.elcolombiano.com/colombia/donacion-de-organos-obligatoria-para-todos-los-colombianos-NB4003816>
- Opinión del coordinador de trasplantes don José González en “*Polémica por nueva ley de donación de órganos*”, Diario El País de Colombia, 22/4/2016. Disponible en: <http://www.elpais.com.co/elpais/cali/noticias/polemica-por-nueva-ley-donacion-organos>

## **Norma chilena citada.**

- Ley N° 19.451.

## **Norma colombiana citada.**

- Ley N° 1.805 de 2016.

## **Proyectos de Ley citados.**

- Boletín N° 7.849-11.
- Boletín N° 19.453-11.
- Boletín N° 10.723-11.