

NOTAS SOBRE LA NUEVA LEY DE DONACIÓN DE ÓRGANOS EN CHILE*

FRANCISCO JAVIER AMIGO CARTAGENA
Universidad San Sebastián

RESUMEN: La última modificación efectuada a la Ley N° 19.451, que “Establece Normas sobre Trasplante y Donación de Órganos”, señala que por el solo ministerio de la ley todos los chilenos mayores de 18 años serán considerados donantes de órganos, una vez fallecidos, salva expresa negativa del donante hecha en vida a través de Instrumento Público. El presente trabajo tiene por objeto conocer someramente la historia de la ley, sus modificaciones, y finalmente dar algunos puntos de vista en relación al contenido de la nueva Ley N° 20.673.

Palabras Clave: Donación, Donación de Órganos; Ley N°19.451; Ley N°20.413; Ley N°20.673.

ABSTRACT: The last modification to Law No. 19,451, which "Sets rules on Transplantation and Organ Donation" notes that by operation of law all Chileans over 18 years will be considered organ donors after their death, save expressly negative made of donor in life through public instrument. This paper aims to briefly know the history of the law, its modifications, and finally give some views regarding the contents of the new Law No. 20.673.

Key Words: Donation, Organ Donation; Law No. 19.451; Law No. 20.413; Law No. 20.673.

Exordio

Bertrand Russell (1872-1970) fue un filósofo, lógico, brillante matemático y escritor británico, ganador del Premio Nobel de Literatura (1950). En sus últimos años de vida, un entrevistador le preguntó lo siguiente; “Si esta grabación pudiese ser vista por nuestros descendientes, en unos 200 años más, ¿que valdría la pena decirles, sobre la vida que Usted vivió, y las lecciones que de ella aprendió?. Él, respondió: “Me gustaría tratar dos cosas. Una Intelectual, y la otra Moral. Lo intelectual que me gustaría decirles, es esto: Cuando estés estudiando cualquier tema o considerando cualquier filosofía, pregúntate a ti mismo, únicamente, ¿cuáles son los hechos?, y ¿cuál es la verdad que los hechos sostienen? Nunca te dejes desviar, ya sea, por lo que tú deseas creer o por lo que crees que te traería beneficio si así fuese creído. Observa únicamente e indudablemente sobre cuáles son los hechos. Eso es lo intelectual que quisiera decirlos...!”.

I. Introducción

1. Hace algunos meses, la Ley N°20.673² innovó bruscamente en el tratamiento dado a la voluntad del donante en la Ley de Donación de Órganos existente en Chile. Desde la promulgación de la Ley N°19.451³ en 1996, que estableció por primera vez en un cuerpo sistemático e integrado normas sobre trasplante y donación de órganos, hasta la Ley N°20.413 del 2010 (que precedió a la Ley N°20.673), se consideró a la voluntad de donar como un acto *libre y espontáneo*, estableciéndose un procedimiento para aquellos que encontrándose próximos a su muerte deseaban personalmente (o representados por sus herederos) obsequiar uno de sus órganos a quienes lo necesitaban con urgencia. Hoy en día aquella realidad ha cambiado. En efecto, la última modificación realizada por el legislador ha establecido en su art. 2°bis incisos 1, 2 y 6 lo siguiente;

* Abreviaciones; CCCh: Código Civil Chileno; CPE: Constitución Política de Chile; Art: Artículo.

¹ La continuación de la respuesta, fue la siguiente; “Lo moral que me gustaría decirles es esto, y es muy simple. Debo decir que el amor es sabio, y el odio es estúpido. En este mundo, que se vuelve cada vez más y más interconectado, tenemos que aprender a tolerarnos los unos a los otros. Tenemos que aprender a aceptar el hecho de que alguien dirá cosas que no nos gustarán. Podemos solo vivir juntos de esa manera. Si vamos a vivir juntos, y no a morir juntos, debemos aprender un tipo de caridad y un tipo de tolerancia, que sea absolutamente vital para la continuación de la vida humana en este planeta. El video de la entrevista puede ser visto en el siguiente link; <http://www.youtube.com/watch?v=fcQvgzw0SOk>

² Ley N° 20.673, Diario Oficial del 07 de Junio del 2013, y que Modifica la Ley N°19.451 *Respecto a la Determinación de Quiénes Pueden ser Considerados Donantes de órganos*.

³ Ley N°19.451, Diario Oficial del 10 de Abril de 1996.

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

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

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

2. Como puede observarse, la nueva reforma *derechamente* ha presumido legalmente la voluntad de todo chileno de ser donante de sus órganos, incorporándose en su texto un procedimiento expreso para que todo aquel que no desee serlo. Las presentes notas tienen por objeto introducir brevemente al lector en la historia de la ley en cuestión y formular algunas observaciones en cuanto al tratamiento dado a la voluntad del donante en ella.

II. Un poco de Historia.

1. En el año 1968, el médico chileno Jorge Kapián realizó la primera intervención de trasplante de corazón en el Hospital Naval de Valparaíso (con solo un año de posterioridad a la primera intervención de esa naturaleza efectuada a una persona en Sudáfrica). Desde aquella fecha, las intervenciones destinadas a obtener de personas sanas órganos como el corazón, el riñón, las córneas o la médula –entre otros órganos del cuerpo humano- fueron proliferando en nuestro país, en pos de obtener la sanación de aquellos chilenos que, padeciendo enfermedades intratables a través de la farmacología, sólo podían encontrar una solución eficaz a través del acto espontáneo y generoso de quien encontrándose *ad portas* de la muerte, y por sobre todo, *voluntariamente*, decidía donar uno de sus órganos para poder salvar la vida de otro ser humano.

2. La primera norma que reglamentó la materia en Chile fue la Ley N°18.173 de 1982, y que incorporó en el Libro Noveno del Código Sanitario el título relativo al “*Aprovechamiento de Órganos, Tejidos o Partes del Cuerpo de un Donante Vivo, y de la Utilización de Cadáveres o Parte de ellos con Fines Científicos o Terapéuticos*”. Dicha ley, a su vez, derogaba expresamente a la antigua Ley N°15.262 de 1963, y que en términos muy generales permitía a los directores de Clínicas Universitarias y de Hospitales dependientes del Servicio Nacional de Salud autorizar la utilización de partes del cadáver para fines médicos o científicos, sin ahondar mayormente en la voluntad del sujeto donante. Con todo, fue a través de la Ley N°18.173 donde se reguló por primera vez la forma en que debía manifestarse la voluntad del donante; la norma exigía que fuese por escrito (en los términos allí señalados), y en el caso de que éste no la hubiese manifestado en vida, se exigía la anuencia de sus parientes para que el trasplante pudiese verificarse⁴. Si bien es cierto la razón de esta norma la constituyó claramente el intento de implementar un tratamiento íntegro del acto donativo, intentándose con ello la incorporación de una principiante cultura de donación entre los chilenos, no significó en los hechos una variable que influyera en el aumento de las donaciones de órganos en nuestro país.

3. Frente a la realidad del país ya descrita, la Ley N°19.451 de 1996 que “*Establece Normas sobre Trasplante y Donación de Órganos*” señalaba en su Historia que los fundamentos sobre los cuales se construía este nuevo cuerpo normativo eran, por una parte, la necesidad de crear un cuerpo legal autónomo que rigiese la materia, y por otra, “*los avances científicos y tecnológicos en materia de trasplantes, la afirmación de la libertad y de la dignidad humana en el donante y el derecho a la salud del receptor*”⁵. En sentido semejante a la ley que la precedía, la norma exigía la declaración expresa

⁴ Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. Ley N° 18.173, del 15 de Noviembre de 1982, que “*Modifica el Código Sanitario*”, art. 147, inc. 2. En Internet; en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29595> (Visto el 25 de Septiembre del 2013)

⁵ Historia de la Ley N° 19.451 (Diario Oficial, del 10 de Abril de 1996), pág. 6. En Internet; en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30818> (Visto el 10 de Septiembre del 2013). Por su parte, en la misma historia se tenía presente que “*Una legislación adecuada, que regule la materia, necesita de una población que esté sensibilizada con el tema. Que se tenga clara conciencia de lo que esto significa; y se tomen en cuenta las*

del donante de su voluntad de donar, y en caso de no haberlo manifestado en vida, de los parientes que la norma señalaba.

4. Con el pasar de los años, la Ley N°20.413 del 2010 que “Modifica La Ley N°19.451, con el fin de Determinar quiénes pueden ser considerados Donantes de Órganos y la Forma en que Pueden manifestar su Voluntad⁶”, señalaba en su Mensaje⁷ la realidad manifiesta de que los mecanismos implementados por la normas que la precedías resultaron ineficaces, imputando su esterilidad en gran parte al desconocimiento de los pacientes de su derecho a convertirse en donantes. La misma norma proponía en su Mensaje el concepto del “donante universal”, en el sentido que “*toda persona era considerada, por el solo ministerio de la ley, donante de sus órganos una vez fallecidas, a menos que en vida haya manifestado su voluntad de no serlo en alguna de las formas establecidas por ley*”⁸ (ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, o al obtener o renovar su Licencia de Conducir Vehículos Motorizados)”.

5. Recientemente ha entrado en vigor la Ley N°20.673⁹, de Junio de este año 2013, que “Modifica la ley 19.451 respecto a la determinación de quienes pueden ser considerados donantes de Órganos”. En su Mensaje, el legislador expresó los considerandos que se tuvieron en cuenta para su construcción, desde su moción en la Cámara de Diputados;

Que, la ley N°19.451 es la que regula la extracción de órganos tanto a donantes vivos como a personas en estado de muerte; estableciendo sanciones en caso de incumplimiento de la ley y crea la Comisión Nacional de Trasplante de Órganos. Que, por otra parte, establece que toda persona plenamente capaz puede disponer de su cuerpo o de partes de él, con el objeto de que este sea utilizado para trasplantes de órganos con fines terapéuticos. Que, la manifestación de libertad individual es cercana a la posibilidad de toda persona plenamente capaz de disponer de su cuerpo o de partes de él, con el objeto de que este sea utilizado para trasplantes de órganos con fines terapéuticos.

Que, la tasa nacional de donantes cayó a la cifra más baja en los últimos 15 años, a pesar de que la nueva ley ya lleva un año desde su promulgación. Que, el desconocimiento generalizado de esta ley no permite que las personas al ser consultadas estén totalmente seguras de tomar la opción de ser donantes.

Que, los largos periodos en los cuales se renueva la Cedula de Identidad y Licencia de Conducir, condiciona a quienes aclaren sus dudas acerca de la condición de ser donantes, tengan que recurrir al Registro Civil y/o el Municipio en el cual se obtuvo la Licencia de Conducir de Vehículos Motorizados para dejar de manifiesto su disponibilidad para donar sus órganos para trasplante.

6. Como podemos observar en el Mensaje entregado por el legislador al país, los supuestos considerados para justificar la falta de voluntad de la población en donar sus órganos son, por una parte, el desconocimiento de la población de la existencia de la norma, y por otro, la inseguridad generada en la persona que detentaba la facultad de manifestar su voluntad de ser donante.

II. La Voluntad del Donante en la Nueva Ley de Donación de Órganos.

1. **Sistemas Doctrinales.** La Ley N°19.451 señalaba en su *Mensaje* que en el acto mismo de donación podían identificarse cuatro sistemas que permitían comprender la voluntad del difunto sobre el destino de su cadáver. En primer lugar, la “*Voluntad Expresa del Difunto*”, donde solo para el caso en que éste en vida hubiese manifestado su voluntad de donar podría efectivamente extraerse el o los órganos requeridos. En segundo lugar, a través del “*Consentimiento del Difunto, o*

características sociales, religiosas, éticas, morales y culturales de las personas. Debe proteger al presunto donante, sea cadáver o vivo; impedir el que pueda existir comercio de órganos, y que agilice los trámites para que, cuando haya un donante apropiado, sus órganos puedan ser retirados con la debida oportunidad, ya que el tiempo es un factor esencial para el éxito del trasplante; pág. 16.

⁶ Ley N° 20.413, publicada en el Diario Oficial con fecha 15 de Enero del año 2010.

⁷ Mensaje de la Ley N° 20.413, p.5. En línea, en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010132>. Última vez visto el 10 de Octubre del 2013.

⁸ Ley N°20.413, art. 2 bis, inciso segundo.

⁹ Ley N° 20.673, Diario Oficial del 07 de Junio del 2013.

en subsidio de él, el de sus familiares". En tercer lugar, la "Falta de Oposición del Difunto" o también denominado de la "Voluntad Presunta". En este sistema, la extracción puede darse a lugar no siendo necesaria su manifestación expresa, sino que basta para ello que aquél no haya manifestado en vida su oposición a ser donante. Éste se fundamentaba en el consentimiento presunto del difunto, y es el sistema consagrado en la mayoría de las legislaciones europeas. Por último, el denominado sistema de la "Irrelevancia de la Voluntad Privada". Aquí, la voluntad privada carece de relevancia en beneficio de la salud colectiva, llegándose a lo que se ha denominado como la *sociabilización del cadáver*¹⁰ (este sistema no ha sido acogido en ninguna legislación de forma pura).

2. **El Silencio como Manifestación de Voluntad.** Como ya lo ha señalado la Doctrina y la Jurisprudencia, el Silencio considerado en si mismo no es afirmación ni negación, y por ello no podría estimarse como manifestación de voluntad (salvo los casos en que el Derecho así lo estime). La presunción de donación establecida en el art. 2° bis inciso 2 de la nueva Ley N°20.673 es un nuevo caso en que la ley presume la voluntad de donar, por lo que el silencio aquí sí constituye manifestación de voluntad. Pero seamos francos; **una donación en la que se presume la voluntad de donar es un contrasentido, en todas sus acepciones.** La Real Academia Española entiende la voz Voluntad como "la elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello oblige¹¹", o como la "elección hecha por el propio dictamen o gusto, sin atención a otro respeto o reparo (propia voluntad)". Por su parte, entendiendo al contrato de donación como una *liberalidad*¹² del sujeto donante (aquella virtud moral que consiste en distribuir a alguien generosamente sus bienes sin esperar recompensa¹³), ¿podríamos afirmar que existe acá un contrato de donación, o en cambio, otra figura atípica revestida de juricidad?

2.1. **El Silencio como Manifestación de Voluntad en otras Leyes.** Debemos considerar que el silencio como manifestación de voluntad ha sido aceptado en casos excepcionales en nuestro CCCh¹⁴. Su excepcionalidad resulta lógica, si estamos atribuyéndole validez jurídica a un acto o contrato donde no se ha manifestado voluntad alguna de celebrarlo, ni siquiera tácitamente. Tengamos presente que en la Ley N°19.496 que "Establece Normas sobre Protección a los Derechos de los Consumidores", ha señalado en su art. 3 letra a) que "*el silencio no constituye aceptación en los actos de consumo*". Por lo anterior, en esta materia -y cuyo Objeto es principalmente patrimonial- "*quien calla, no otorga*".

III. Constitucionalidad de la Ley N°20.673

1. **Alcances Preliminares.** Como ya hemos señalado, el art. 6 de la Ley N°20.673 ha incorporado la carga de que todo chileno que no esté interesado en ser donante lo manifieste a través de un Instrumento Público (art. 1699 del CCh.), "*hasta antes de que se decida la extracción del órgano*". El inciso final, por su parte, señala que "en el caso de que varias personas se encuentren en igualdad de condiciones para la recepción de un órgano, el hecho de no estar inscrito en el Registro de No Donantes deberá tomarse en cuenta para priorizarlo respecto del que sí lo está (sic)."

¿Qué nos está diciendo el legislador con esta norma? Claramente nos está diciendo lo siguiente; "*ten cuidado con manifestar tu voluntad de no querer ser donante, porque si lo haces (aunque sea contrario a tu convicción, a tus creencias o al interés de tu familia), y a futuro llegases a necesitar un órgano, serás considerado como segunda, tercera o cuarta opción frente a todos aquellos que sí lo son*".

2. **Constitucionalidad de la Norma. Igualdad y No Discriminación ante la Ley.** Nuestra Constitución garantiza a todos los chilenos la igualdad de ellos ante la ley (art. 19 N° 2 de la CPE)¹⁵. Tengamos presente, por sobre todo, que la Igualdad ante la ley positiva es un Derecho

¹⁰ H.L. N°19.451, pág. 19.

¹¹ Diccionario de la Real Academia Española, año 2013.

¹² GUZMÁN BRITO, Alejandro (2005). "*De las Donaciones entre vivos. Conceptos y tipos*", Santiago de Chile, LexisNexis, pp. 5 y 6.

¹³ Diccionario de la Real Academia Española (2013). En línea, en <http://lema.rae.es/drae/?val=liberalidad>. Visto por última vez el 10 de Octubre del 2013.

¹⁴ Véase los arts. 2125 y 1956 inciso 3° del CCh.

¹⁵ Constitución Política de la República de Chile (2013). Artículo 19 N°2: La Constitución asegura a todas las personas: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el

Humano, y se constituye como un principio imperativo de Derecho Internacional o principio de *Ius Cogens* a la No Discriminación¹⁶.

3. El Profesor y Doctor en Derecho Constitucional NOGUEIRA ALCALÁ reconoce en el principio de Igualdad garantizado en nuestra Constitución dos acepciones dentro del mismo concepto; la Igualdad Dignidad, y la Igualdad ante la Ley. Por la primera entiende que *es aquella que se predica como un valor espiritual y moral inherente a toda persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida, llevando consigo la pretensión del respeto por parte de los demás y la idea de que la persona son siempre sujetos, y nunca instrumentos o medios para el desarrollo de otros fines*¹⁷". Por la segunda, aquella que *"reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad, que es oponible a todo destinatario, que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otra que resulten jurídicamente relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos o autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación"*.

4. Comprendiendo las definiciones anteriormente expuestas, de la sola lectura de la nueva norma en análisis es posible evidenciar una incongruencia, y que atenta directamente contra el principio de igualdad; ¿cómo es posible que el legislador consagre la libertad del sujeto de no ser donante de órganos, señalando a su vez que en caso de que ejerza aquel derecho no recibirá un trato igualitario (de inferior calidad) respecto de aquellos que sí deseen donar?

5. La Jurisprudencia en esta materia ha seguido como lineamiento principal que "toda dimensión subjetiva es sospechosa de inconstitucionalidad, debiendo ser sometida a un riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad, el cual, en última instancia, debe ser determinado por parte de la jurisdicción constitucional, o la Corte Internacional de Derechos Humanos competente, en su caso¹⁸". Una sentencia que ejemplifica lo anterior es la dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que señala:

*"Que, por lo que toca a la igualdad ante la ley, es útil dejar en claro que ella requiere una aplicación a todos los habitantes de la república de manera uniforme y sin discriminaciones injustas o arbitrarias en cuanto a su interpretación, valoración y alcance de sus efectos jurídicos e impide establecer estatutos legales diferentes, atendiendo a razones de raza, condición social, estirpe, fortuna, religión, ideología u otros atributos o circunstancias estrictamente particulares*¹⁹".

IV. Algunas Conclusiones.

1. Como ya hemos señalado, presumir legalmente la voluntad de donar constituye en sí una contradicción. La Historia de la Ley de Trasplantes y Donación de Órganos entendió al acto donativo como un acto libre y espontáneo, como en esencia lo constituye el Contrato de Donación en nuestra legislación civil. La nueva norma, por el contrario, viene en instaurar la lógica del mercantilismo y del utilitarismo a un acto que de suyo no puede subordinarse sino a la lógica de la generosidad y de la caridad humana, cual es el de donar un órgano propio para ayudar a otro a vivir. "*Do ut Des*²⁰", o "*Doy para que Des*", era el principio utilizado en el Derecho Civil Romano para referirse a los contratos de utilidad mutua.

que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

¹⁶ Véase el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.26); la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 1 y 24)

¹⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. "El Derecho a la Igualdad ante la Ley, La No Discriminación y Acciones Positivas", p 6. En Línea, en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2449/1/AD-10-41.pdf> Visto por última vez el 21 de Octubre del 2013.

¹⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, ob. cit, p 17.

¹⁹ Revista de Derecho y Jurisprudencia Chilena, 2p. Sección 5, p. 91. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 16 de abril de 1998, considerando 11; confirmada por Sentencia de la Corte suprema de Justicia de 14 de mayo de 1998.

²⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). El Profesor Talciani utiliza dicha expresión a propósito de comentar en su web personal el tema que es objeto de las presentes notas. En Internet, en <http://corraltalciani.wordpress.com/2013/05/12/nueva-ley-de-trasplantes-do-ut-des/>. Visto por última vez el 13 de Octubre del 2013.

2. Al tenor de lo señalado en el Mensaje de la Ley N°19.451, puede observarse que la última modificación realizada a la ley de donación de órganos incentiva el acercamiento de nuestro país al sistema “de la Irrelevancia de la Voluntad Privada”, comúnmente denominado de la *Sociabilización del Cadáver*. El tema nos parece aun más preocupante, si consideramos que dicha tendencia –y que puede observarse en la ley en estudio- es la que ha ido concretándose en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos. El cuestionamiento anterior es consecuencia de la siguiente interrogante; (y que por motivos de extensión quizás podremos desarrollar en otro libelo) ¿Qué derecho tenemos sobre nuestro cuerpo?; ¿Cuál es la naturaleza de éste? Resulta sorprendente que nuestra legislación positiva no ha dado respuesta a estas interrogantes. Con todo, sostenemos que el derecho que tenemos sobre nuestro cuerpo es un derecho *sui generis*, y que por lo menos atribuye a la persona el derecho a disponer sobre sus componentes a su arbitrio aún después de su muerte. Bajo este constructo, podríamos considerar que el procedimiento señalado por la nueva ley estaría acercándose a una verdadera expropiación del cuerpo humano, con los peligros que aquello conlleva (facilitación de la comercialización en el mercado informal de órganos humanos; afectación del control médico sobre la certeza de muerte de los eventuales donantes, etc.).

3. Nos llama poderosamente la atención que el legislador haya atribuido al silencio el valor de constituir manifestación de voluntad. La Doctrina ha señalado que “el silencio no puede estimarse como manifestación de voluntad...el silencio supone la ausencia de toda manifestación de voluntad, aun tácita, la completa inacción o pasividad del sujeto en términos de que es imposible conocer su pensamiento a favor o en contra del contrato que se le propone...²¹”. ¿Es acaso poco razonable señalar que si en la Ley del Consumidor el legislador prohibió que el silencio del consumidor constituyera manifestación de voluntad, tratándose de contratos cuyo *Objeto* (1460 y sptes. del CCCH.) es un órgano del cuerpo humano debió haber seguido igual razón de ley? En otras palabras, ¿es menos importante consentir en donar un órgano del cuerpo humano, que hacerlo respecto de una cláusula de contenido patrimonial?

4. Creemos que la nueva ley contiene en sus disposiciones elementos que permitirían que la norma sea declarada inconstitucional, por vulnerarse el Principio de Igualdad ante la Ley y la No Discriminación en materia de Salud. (*Si no quieres ser donante, bueno, no lo seas, pero si llegases a necesitar de un órgano urgentemente, no recibirás un trato igualitario respecto de quienes si son donantes, aunque –deducimos, pues la ley no lo señala- tu enfermedad sea más grave y requiera con mayor urgencia el órgano que aquel que esté en primera opción de recibirlo*).

5. Como la nueva ley nada ha señalado al respecto, deducimos que la firma del instrumento notarial donde conste la voluntad de no ser donante tendrá un costo para el sujeto (*para no donar un órgano de mi cuerpo, entonces, deberá pagar por ello, acudiendo a una Notaría para dar cuenta de aquello*). En nuestra opinión, el legislador ha impuesto con esta carga una verdadera traba a la libre manifestación de voluntad de no ser donante, toda vez que obliga al sujeto a desembolsar una cantidad de dinero que en principio, y a nuestro juicio, debió ser asumida por el propio Estado.

6. Se observa que la nueva ley intenta aumentar el número de donaciones de órganos efectuadas en nuestro país, y no podemos desconocer su laudable intención de aumentar la cantidad de trasplantes efectivos que vayan a realizarse en el futuro. Con todo, creemos que el legislador ha errado al imponer la lógica del mercado y del utilitarismo a un acto que solo puede obedecer a la lógica de la caridad humana. Si consideramos que el mismo legislador atribuye la falta de donantes a la desinformación y a la indecisión de los sujetos, pareciera entonces que la función del Estado debió enfocarse principalmente en la educación de la población en ese sentido, y no imponiéndolo en la forma prevista en la nueva ley.

7. Por lo demás, y como igualmente lo observa CORRAL TALCIANI, lo más absurdo es que esta nueva ley no vaya a tener aplicación en la práctica. Primero, porque las instituciones de salud respectivas se resistirán a discriminar en la materia, ya que como podemos observar, la nueva ley no estableció sanciones ni tampoco una reglamentación específica sobre quién detendrá la facultad de darle prioridad a uno u otro paciente, y segundo, porque resulta lógico

²¹ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (1998). *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*. Tomo II, página 196, punto 1254. Editorial Jurídica de Chile

pensar que en el caso que una persona “no donante” se enferme gravemente, acudirá al Registro Nacional de No Donantes para manifestar su voluntad de volver a serlo, igualando su trato (privilegiado) respecto de aquellos que sí lo son.

Fuentes Consultadas

Diccionario de la Real Academia Española
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Convención Americana de Derechos Humanos
Constitución Política de la República de Chile

Leyes Ordinarias de la República

1. Ley N° 18.173, del 15 de Noviembre de 1982, que “Modifica el Código Sanitario”.
2. Ley N°19.451, Diario Oficial del 10 de Abril de 1996.
 - 2.1 Historia de la Ley N°19.451.
3. Ley N° 20.413, Diario Oficial del 15 de Enero del año 2010.
 - 3.1 Historia de la Ley N° 20.413.
4. Ley N° 20.673, Diario Oficial del 07 de Junio del 2013.
 - 4.1 Historia de la Ley N° 20.673.
5. Código Civil Chileno

Revistas Especializadas

1. Revista de Derecho y Jurisprudencia Chilena

Libros de Derecho

1. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (1998). *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*. Editorial Jurídica de Chile.
2. GUZMÁN BRITO, Alejandro (2005). “*De las Donaciones entre vivos. Conceptos y tipos*”, Santiago de Chile. Editorial LexisNexis, Chile.

Artículos de Derecho en Internet

1. NOGUERIA ALCALÁ, HUMBERTO. “El Derecho a la Igualdad ante la Ley, La No Discriminación y Acciones Positivas”. En Línea, en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2449/1/AD-10-41.pdf> Visto por última vez el 21 de Octubre del 2013.
2. CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). “Comentarios a la Nueva Ley de Donación de Órganos”. En Internet, en <http://corraltalciani.wordpress.com/2013/05/12/nueva-ley-de-trasplantes-do-ut-des/>. Visto por última vez el 13 de Octubre del 2013.

