

Base de Dictámenes

trasplante y donación de órganos, voluntad del donante

E127445N21

NUEVO:

SI

RECONSIDERADO:

NO

ACLARADO:

NO

APLICADO:

NO

COMPLEMENTADO:

NO

FECHA DOCUMENTO

06-08-2021

REACTIVADO:

NO

RECONSIDERADO

PARCIAL:

NO

ALTERADO:

NO

CONFIRMADO:

NO

CARÁCTER:

NNN

DICTAMENES RELACIONADOS

| Acción | Dictamen | Año |
|--------|----------|-----|
|--------|----------|-----|

FUENTES LEGALES

ley 19451 art/2 bis ley 19451 art/2 ter ley 19451 art/15 inc/3 cot art/399 cot art/401 cot art/403 cot art/425 ley 21145 art/primero tran ley 21145 art/segundo tran ley 19880 art/48 ley 19880 art/49 dto 22/2016 inter art/5

MATERIA

Aclara dudas en relación con nuevos preceptos de la ley N° 19.451, sobre trasplante y donación de órganos, introducidos por la ley N° 21.145 con el objeto de precisar la voluntad del donante fallecido. Remite copia de informes que indica

DOCUMENTO COMPLETO

N° E127445 Fecha: 06-VIII-2021

Se han dirigido a esta Contraloría General los diputados señores Andrés Longton Herrera,

José Miguel Castro Bascuñán, Gonzalo Fuenzalida Figueroa y Andrés Celis Montt, planteando ciertas interrogantes -según se detallará más adelante- en relación con la aplicación de la ley N° 21.145, que modificó la ley N° 19.451 -sobre trasplante y donación de órganos- para precisar la voluntad del donante fallecido.

Requerido al efecto, el Servicio de Registro Civil e Identificación informó en las materias de su competencia. Por su parte, solicitado informe tanto a la Subsecretaría de Redes Asistenciales como a la Subsecretaría de Salud Pública del Ministerio de Salud, solo la primera lo emitió dentro de plazo, sin perjuicio que esa cartera, en un oficio diferente, expresó sus dudas acerca del contenido de algunos preceptos de la citada ley N° 21.145.

Asimismo, consultado su parecer, la Sociedad Chilena de Trasplante manifestó su opinión al respecto.

1. Principales modificaciones normativas sobre trasplante y donación de órganos, en relación con la determinación de la voluntad del donante fallecido.

El texto original de la citada ley N° 19.451 -año 1996- disponía, en su artículo 9°, que para que una persona pudiera ser donante debía manifestar su voluntad en tal sentido en las instancias y condiciones que detallaba.

Dicho cuerpo normativo fue modificado el año 2010 por la ley N° 20.413, que le incorporó un nuevo artículo 2° bis que alteró la referida regla, determinando que toda persona mayor de 18 años sería considerada, por el solo ministerio de la ley, donante de sus órganos una vez fallecida, a menos que en vida hubiera manifestado su voluntad de no serlo.

Además, esa ley modificatoria sustituyó el anotado artículo 9° por uno nuevo, prescribiendo que la declaración de voluntad de ser no donante podía realizarse en cualquier momento ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, ante el funcionario correspondiente al obtener o renovar la cédula de identidad o la licencia de conducir vehículos motorizados o ante el director del establecimiento asistencial en que estuviere internado el donante; e incorporó un inciso segundo al artículo 15, que estableció que el referido servicio debía llevar el Registro Nacional de No Donantes.

El año 2013, la ley N° 20.673 modificó una vez más la ley N° 19.451, reemplazando su artículo 2° bis por uno que, luego de reiterar la presunción de que toda persona mayor de 18 años es donante de sus órganos una vez fallecida, agregó “a menos que hasta antes del momento en que se decida la extracción del órgano, se presente una documentación fidedigna, otorgada ante notario público, en la que conste que el donante en vida manifestó su voluntad de no serlo”, la que debe ser remitida por el notario al Servicio de Registro Civil e Identificación para efectos del Registro Nacional de No Donantes.

Ese nuevo precepto preveía, en sus incisos tercero y cuarto, que ante la existencia de duda fundada respecto de la calidad de donante, se debía consultar en forma previa sobre la extracción de uno o más órganos del fallecido, por orden de prelación, a las personas con el vínculo de parentesco o relación que se indica, entendiendo que se configuraba tal supuesto cuando se presentaban ante el médico encargado del procedimiento documentos contradictorios o la existencia de declaraciones diferentes de dichas personas.

Como puede advertirse, la ley N° 19.451, desde el año 2010, establece una presunción en virtud de la cual toda persona mayor de 18 años es donante de sus órganos una vez

fallecida, salvo que manifieste su intención de no serlo, lo que hasta el año 2013 podía hacerse en cualquier momento ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, ante el funcionario correspondiente al obtener o renovar la cédula de identidad o la licencia de conducir, o ante el director del establecimiento asistencial en que estuviere internado; pero a partir de ese último año, solo puede realizarse mediante una documentación fidedigna otorgada ante un notario.

Ahora bien, al determinarse la nueva forma de manifestar la voluntad de ser no donante en la aludida ley N° 20.673, no se señaló qué ocurriría con las personas que ya estaban inscritas en el Registro Nacional de No Donantes de conformidad con el anterior mecanismo ni cómo podría solicitarse la eliminación de esas anotaciones, considerando que la manera de incorporarse a ese registro ahora era más exigente.

Se dictó, entonces, la ley N° 21.145 -publicada en el Diario Oficial el 12 de marzo de 2019-, que modificó la ley N° 19.451 con el objetivo principal de incluir normas tendientes a precisar la voluntad del donante fallecido, regulando la situación de las personas que ingresaron al registro de que se trata entre los años 2010 y 2013, y el concepto de duda fundada respecto de la calidad o no de donante. Ello, con el fin de aumentar el número de trasplantes de órganos.

Dicha ley, en lo que interesa, sustituyó el encabezamiento del inciso tercero del artículo 2° bis de la ley N° 19.451 por el siguiente: “En caso de existir duda fundada respecto a la renuncia de la condición de donante o a la vigencia de ella, se deberá consultar en forma previa sobre la extracción de uno o más órganos del fallecido, por orden de prelación”, a las personas con los vínculos de parentesco o relación que indica; y reemplazó su inciso cuarto, señalando que “Se entenderá que existe duda fundada respecto de la condición de donante por el hecho de pertenecer al Registro Nacional de No Donantes a que se refiere la ley N° 20.413, o de presentar ante el médico encargado del procedimiento documentos contradictorios”.

Agregó también un nuevo inciso tercero al artículo 15, en cuya virtud “Todo aquel que en vida desee revocar su inscripción en el Registro Nacional de No Donantes puede hacerlo en cualquier momento, expresando dicha voluntad ante el Servicio de Registro Civil e Identificación”.

Además, precisó en sus artículos primero y segundo transitorios, que quienes manifestaron su voluntad según las normas establecidas en la ley N° 20.413 -entre los años 2010 y 2013-, deberán ratificar tal declaración, en la forma que se detalla, dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de la ley N° 21.145, o serán considerados como donantes universales de órganos para todos los efectos legales; y que el Servicio de Registro Civil e Identificación tiene 180 días corridos desde el vencimiento de ese plazo, para actualizar y consolidar los datos del Registro Nacional de No Donantes.

Algunas de las normas introducidas a la ley N° 19.451 por este nuevo texto legal, serán analizadas en el presente oficio.

2. Sobre la participación de personas con vínculo de parentesco o relación con el fallecido en el procedimiento de donación y trasplante de órganos.

Los diputados recurrentes solicitan que se determine en qué casos se debe consultar a las familias de manera previa al inicio del proceso de procuramiento de órganos.

Sobre el particular, y según se indicara, de acuerdo con el artículo 2° bis de la ley N° 19.451, toda persona mayor de 18 años se considera donante de sus órganos una vez fallecida, salvo que conste hasta antes que se decida la extracción del órgano, que en vida manifestó su voluntad de no serlo, en la forma que se señala.

Esa disposición, de todas maneras, prescribe que en caso de existir duda fundada respecto a la renuncia de la condición de donante o a la vigencia de ella, se deberá consultar en forma previa sobre la extracción de uno o más órganos del fallecido a las personas que menciona, por orden de prelación, según su vínculo de parentesco o de relación; precisando que existe duda fundada por el hecho de pertenecer al Registro Nacional de No Donantes a que se refiere la ley N° 20.413, o de presentar ante el médico encargado del procedimiento documentos contradictorios.

Añade el citado artículo 2° bis, en lo que importa, que de no existir parientes directos del difunto que puedan acreditar su condición de no donante al momento de su deceso, se tendrá por su voluntad presunta la de ser donante, y que cuando el difunto no estuviere inscrito en el Registro Nacional de No Donantes se presumirá su voluntad de ser donante y sus familiares serán informados acerca del procedimiento a seguir. Con todo, de conformidad con el artículo 2° ter del cuerpo normativo en comento, siempre se deberá respetar la voluntad de la persona, tanto de la inscrita como de la no inscrita, que según la ley se considera donante.

Como es posible advertir, actualmente la regla general es que toda persona mayor de 18 años es donante de sus órganos una vez fallecida y, en principio, debe respetarse su voluntad, sea que se encuentre o no inscrita en el Registro Nacional de No Donantes. Excepcionalmente procederá consultar a las personas que tengan con aquella el vínculo de parentesco o relación que se indica, si existe una duda fundada respecto a la renuncia a su condición de donante o a la vigencia de ella.

Luego, deberá siempre realizarse tal consulta, si quien fallece se encuentra inscrito en el Registro Nacional de No Donantes en virtud del mecanismo que hasta el año 2013 contemplaba la ley N° 20.413; o, independientemente de si está o no anotado en ese registro, si se presentan ante el médico encargado del procedimiento documentos contradictorios.

Por su parte, corresponderá solo informar a la familia acerca del procedimiento a seguir, en el caso de las personas que no están inscritas en el Registro Nacional de No Donantes, y de aquellas respecto de las cuales no se presenten documentos contradictorios que permitan configurar una duda fundada sobre su condición de donante, pues la ley presume su voluntad de serlo.

3. Alcance de la expresión “documentos contradictorios” contenida en el inciso cuarto del artículo 2° bis de la ley N° 19.451.

Tanto los diputados recurrentes como el Ministerio de Salud requieren que se determine el alcance de la expresión “documentos contradictorios”, que emplea el inciso cuarto del artículo 2° bis de la ley N° 19.451 para establecer la existencia de una duda fundada respecto de la condición de donante que hace procedente la consulta a alguna de las personas que se señalan en el inciso tercero de esa disposición, de forma previa a la extracción de uno o más órganos del fallecido.

Sobre el particular, y como ya se ha señalado, el citado artículo 2° bis dispone que existe duda fundada respecto de la condición de donante por el hecho de pertenecer al Registro Nacional de No Donantes a que se refiere la ley N° 20.413, o de presentar ante el médico encargado del procedimiento documentos contradictorios.

Luego, la existencia de documentos contradictorios puede configurar una duda fundada que hace necesario aclarar la voluntad de la persona fallecida, si se encuentra inscrita en el Registro Nacional de No Donantes en virtud de un documento fidedigno otorgado ante notario -los inscritos por la ley N° 20.413 no se consideran, pues constituyen por ese solo hecho duda fundada-; o, si no está anotada en tal registro por no haber mediado un instrumento de aquellas características, y por tanto, se presume donante.

Ahora bien, en el primer caso, esto es, si la persona aparece como no donante en el registro de que se trata, existirá duda fundada si se presenta un documento fidedigno en que aparezca que aquella, en vida, manifestó su voluntad de revocar la respectiva inscripción, sin que necesariamente ese instrumento haya debido otorgarse ante notario, pues el inciso tercero del artículo 15 de la citada ley N° 19.451 no exige tal formalidad.

Por su parte, y en cuanto a quienes no están inscritos en el mencionado registro, el concepto “documentos contradictorios” se entenderá referido a un documento fidedigno en que conste la renuncia a la condición de donante, el que debe haberse otorgado ante notario público, pues ese es el mecanismo que la ley contempla para efectuar dicha declaración.

Precisado lo anterior, y acerca de la afirmación planteada por el Ministerio de Salud en su presentación, en orden a que la renuncia a la condición de donante solo puede realizarse mediante una escritura pública, cabe hacer presente que según el artículo 399 del Código Orgánico de Tribunales, el notario es un ministro de fe pública encargado de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante él se otorguen, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidan, y de practicar las demás diligencias que la ley le encomiende.

Ese texto normativo, en su artículo 401, establece una serie de atribuciones que corresponden a los notarios, tendientes a dar fe de hechos y declaraciones, autorizar firmas y otorgar certificados o testimonios de los actos celebrados ante ellos; regulando en sus artículos 403 y siguientes, las escrituras públicas; y en su artículo 425, la autorización de las firmas que se estampen en documentos privados.

En tal entendido, y considerando que la forma de hacer constar una manifestación de voluntad ante un notario no se reduce a las escrituras públicas, sin que la aludida ley N° 19.451 requiera expresamente que la intención de ser no donante se exprese a través de aquellas ni las exija para configurar una duda fundada respecto de la condición de donante, no corresponde limitar la forma de efectuar la respectiva declaración a ese tipo de instrumentos.

4. Forma en que el Ministerio de Salud puede informar el deber de ratificar la condición de no donante a las personas que se encontraban inscritas en el Registro Nacional de No Donantes conforme a la ley N° 20.413.

El Ministerio de Salud solicita un pronunciamiento que determine si es posible cumplir la

obligación que se le impone en el artículo primero transitorio de la ley N° 21.145 a través de una comunicación por medio del Diario Oficial, considerando la connotación pública y de interés general del contenido que el legislador le ha mandatado informar y la eficiencia y eficacia con que debe actuar la Administración del Estado.

El mencionado precepto, en su inciso primero, establece que dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de ese texto legal -12 de marzo de 2019-, las personas que hubiesen manifestado su voluntad de no ser donantes conforme a las normas previstas en la ley N° 20.413, deberán ratificar dicha manifestación mediante declaración prestada ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, un notario público o el funcionario respectivo al momento de solicitar la renovación de la cédula de identidad o licencia de conducir.

Agrega su inciso segundo, que “El Ministerio de Salud informará, mediante carta certificada o cualquier otro medio de comunicación efectivo, a cada una de las personas que en virtud del inciso anterior estén obligadas a ratificar su condición de no donante, que deberán hacerlo dentro del plazo de un año contado desde la entrada en vigencia de la presente ley”.

Transcurrido dicho plazo sin haber manifestado voluntad, afirma tal precepto, se entenderá que son donantes universales de órganos para todos los efectos legales; y el Servicio de Registro Civil e Identificación -como dispone el artículo segundo transitorio- tendrá 180 días corridos para actualizar y consolidar los datos del Registro Nacional de No Donantes.

Como es posible advertir, en las disposiciones transitorias de la ley N° 21.145 se establece un plazo para que las personas que se hayan inscrito en el Registro Nacional de No Donantes en virtud del anterior mecanismo contemplado al efecto -entre los años 2010 y 2013-, ratifiquen su voluntad de mantener esa condición, teniéndoseles como donantes en caso de no hacerlo dentro del respectivo término. En ese contexto, se le impone al Ministerio de Salud el deber de informar a las personas que se encuentren en dicha situación por carta certificada o por “cualquier otro medio de comunicación efectivo”.

Al respecto, conviene recordar que de conformidad con los artículos 48 y 49 de la ley N° 19.880, corresponde publicar en el Diario Oficial los actos administrativos que contienen normas de general aplicación o que miren al interés general; los que interesan a un número indeterminado de personas; y los que afecten a personas cuyo paradero se ignore. Los actos así publicados se tendrán como auténticos y oficialmente notificados, obligando desde esa fecha a su íntegro y cabal cumplimiento.

Por su parte, el decreto N° 22, de 2016, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que regula la organización y funcionamiento del Diario Oficial, prevé en su artículo 5°, en lo que interesa, que en el mismo se publican las leyes, decretos, resoluciones y otras normas y actuaciones de los órganos del Estado, y en general, todos los documentos que el ordenamiento jurídico mande publicar. Excepcionalmente, podrá autorizarse la publicación de avisos, informes, comunicaciones oficiales o documentos, cuya difusión sea considerada de interés general.

Ahora bien, en la especie, aparece que el Ministerio de Salud emitió la resolución exenta N° 60, de 2020 -publicada en el Diario Oficial los días 15 de febrero y 2 de marzo del mismo año-, en la que informa sobre la ratificación de la calidad de donante referida precedentemente, haciendo presente, en su considerando 13, que la población a la que debe informar asciende a alrededor de cuatro millones de personas y que no cuenta con

potestades ni mecanismos eficientes para indagar el domicilio actualizado de cada una de ellas, por lo que no resulta factible enviar una carta certificada de manera individual. Agrega el considerando 21 de ese acto administrativo, que se reforzará la difusión de la información con los medios de comunicación institucionales.

De esta manera, entonces, y considerando que en la situación que se analiza debe entregarse información que interesa a un gran número de personas cuyo paradero se ignora, es factible que la misma sea comunicada por el Diario Oficial, el que, al resultar idóneo para dar por informada a la población del contenido y obligatoriedad de los actos administrativos, puede entenderse que constituye un medio de comunicación efectivo en los términos del inciso segundo del citado artículo primero transitorio de la ley N° 21.145.

En consecuencia, no se advierte inconveniente jurídico para que el Ministerio de Salud haya cumplido con la obligación que le impone dicha disposición, mediante una publicación en el Diario Oficial.

5. De las medidas adoptadas por las entidades competentes en las materias de su competencia.

Finalmente, y acerca de la solicitud de los diputados recurrentes para que se determine si se ha llevado a cabo una correcta aplicación de las diferentes leyes vigentes en los procesos establecidos en la ley N° 19.451, cumple con señalar que tanto la Subsecretaría de Redes Asistenciales como el Servicio de Registro Civil e Identificación se refirieron, en sus informes, a las medidas adoptadas en el marco de las modificaciones introducidas al anotado cuerpo normativo por la ley N° 21.145, por lo que se remite una copia de los mismos, para su conocimiento y fines pertinentes.

Saluda atentamente a Uds.

Jorge Andrés Bermúdez Soto

Contralor General de la República