



UNIVERSIDAD MIGUEL DE CERVANTES

ESCUELA DE DERECHO

LA PROBLEMATICA EN TORNO A LA NUEVA LEY
DE DONACIÓN DE ÓRGANOS EN CHILE.

Yasna Stephanie Brito Tobar
Beatriz Solange Echeverria Orellana

Índice.

Introducción.

Capítulo I.

- I. Que se entiende por Donación y Transplante de Órganos
- II. Antecedentes y desarrollo histórico de la Donación y Trasplantes de Órganos en

Chile.

- III. Planteamiento del problema: Definición, criterios y dilemas que envuelven a la Muerte.

Capítulo II.

- IV. Institución encargada de los programas de donación y transplante en Chile.
- V. Datos sobre la donación de órganos en Chile.
- VI. Análisis Ético de la donación de órganos.
- VII. La ley Chilena, análisis Ético.
- VIII. Magnitud del Problema.

Capítulo III.

- IX. Los Derechos Humanos.
- X. El Derecho a la vida en nuestra Carta Fundamental.
- XI. Marco teórico : Transplante de Órganos, la Vida y la Muerte.

Conclusión.

Definiciones Conceptuales.

Bibliografía.

Introducción

En Chile son cientos las personas que esperan día a día la donación de un órgano que les salve la vida. Sin embargo, esta decisión en la mayoría de los casos queda en manos de la familia, pues la donación voluntaria en nuestro país sigue siendo escasa. Mientras la familia toma esta decisión en situaciones generalmente traumáticas, hay quienes fallecen a la espera de un donante.

La situación ha empeorado en el último año, subiendo de 30% a 41% la negativa familiar. A eso se suma la falta de recursos económicos, escasa capacitación y formación de profesionales de la salud en el tema de donación, y coordinadores expertos en los servicios de salud de todas las regiones del país. Pero más importante aún, es la falta de donantes, que no sólo es un problema que golpea a nuestro país sino al mundo.

La donación de órganos genera muchas nuevas vidas. En nuestro país al menos 10 personas pueden beneficiarse cuando una persona fallecida se convierte en un donante de órganos y tejidos. La obtención de órganos y tejidos es un proceso que consiste en varias etapas en las cuales se respeta la voluntad del paciente y de la familia.

Una parte de ella siente que algo no se está haciendo bien. Dice entender a las personas que tienen dudas o, derechamente, rechazan la opción de ser donantes, pero cree que algunas medidas adoptadas no han facilitado una mejor comprensión de un tema vital en la vida de muchas personas.

Porque cada vez que hay que hablar con una familia sobre la posibilidad de la donación de órganos, se ven personas y familias sufriendo por la pérdida intempestiva de un ser querido y

que buscan respuestas a lo que están viviendo que probablemente van a tardar.

Ahora, la ley del año 2009 tiene algo fundamental que es que ordena y regula la donación de órganos, establece claramente cómo se hace el diagnóstico de muerte encefálica y quiénes lo hacen. Y en la entrevista con la familia para hablar el tema, cambia el eje de pedir los órganos, como se hacía antes, a hablar de la voluntad de la persona fallecida.

El 2013 se debió modificar la ley, La reforma intenta corregir y hacer que la manifestación de voluntad sea contundente y de ahí que se tenga que ir a una notaría a expresarlo.

Ahora, eso que era positivo, la gente lo tomó a mal porque muchos sintieron que el Estado se estaba adueñando de sus cuerpos al establecer un trámite especial. Por tanto, a pesar de las diversas modificaciones realizadas a la ley de órganos podemos ver que aun siguen latente el problema de la baja tasa de donación de órganos producto de la falta de información, comunicación lo cual esta tesis trata de señalar sino que además de las diferentes interrogantes que derivan de la interpretación y aplicación de esta nueva norma y de los principios que de nuestra Carta fundamental emanan al respecto, haciendo énfasis en el análisis del Derecho a la Vida en relación a la ley de donación de órganos y tejidos.

Uno de los principales objetivos de esta investigación fue tratar de comprender el significado de la donación de órganos , pero como bien sabemos , la idea de transplante de órgano esta estrechamente ligada a la muerte de una persona , y es por eso que en este trabajo dedicaremos una parte a explicar el significado de ésta.

La muerte es un proceso terminal que consiste en la extinción del proceso homeostático de un ser vivo, esto es, la extinción de la vida.

El proceso de fallecimiento, si bien está totalmente definido en algunas de sus fases desde un

punto de vista neurofisiológico, bioquímico y médico, aún no es del todo comprendido en su conjunto desde el punto de vista termodinámico y neurológico, y existen discrepancias científicas al respecto.

Desde el punto de vista médico es el cese global de funciones sistémicas en especial de las funciones bioeléctricas cerebrales, y por ende de las neuronales.

El tipo de muerte más importante para el ser humano es sin duda la muerte humana, sobre todo la muerte de seres queridos. Conocer con certeza el instante de una muerte sirve, entre otras cosas, para asegurar que el testamento del difunto será únicamente aplicado tras su muerte y, en general, conocer cuándo se debe actuar bajo las condiciones establecidas ante una persona difunta. Existe la muerte psicológica, donde la persona es consciente que va a morir. En este sentido, la persona es capaz de percibirlo. Esta muerte psicológica causa con frecuencia ansiedad y depresión en las personas. La muerte psicológica aceptada permite que la persona pueda adaptarse con los recursos que le quedan a su entorno, así como la muerte encefálica, que es el tipo de muerte al cual nos referiremos con mayor extensión en esta investigación.

Otro de nuestros principales objetivos fue realizar un análisis ético en torno a la donación de órganos, y fue allí en donde comenzamos a plantearnos nuestras primeras preguntas de investigación, algunas como por ejemplo: ¿Cuál es la dimensión ética de la Donación de Órganos que actualmente se lleva a cabo? ¿Cuál es la moralidad del acto de la Donación de Órganos?

Al analizar nuestra normativa vigente también aparecen preguntas que nos fue necesario esclarecer para poder cumplir con el fin de esta investigación como por ejemplo:

¿Qué pasa con el consentimiento informado y el principio de autonomía? Es cierto que la ley permite la posibilidad de rechazar la opción de ser donante, sin embargo ¿Qué ocurre con

aquellas personas y familias que no conocen la ley? ¿ cuál es la importancia de la palabra Autonomía y cuál es su implicancia en esta nueva ley?

Sin lugar a dudas unos de los rasgos más importantes en este tema que no convoca es el reconocimiento de nuestros Derechos Humanos y el más importante el Derecho a la Vida a la Integridad Física y Psíquica de las personas establecido en el Artículo 19 de nuestra Carta Fundamental. Considerándose tal derecho desde antes de nacer hasta la extinción de la vida pudiendo extenderse hasta personas enfermas, cosa que desglosaremos de forma más detallada en el desarrollo de esta tesis.

De acuerdo al Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile veremos ciertas interrogantes a resolver tales como: ¿ existe el derecho a la muerte? Es decir, podemos disponer de nuestro propio cuerpo y del propio cadáver en casos de tratamientos médicos indispensables para mejorar nuestra salud, en casos de autorizar la extracción en vida de tejidos para ser injertados en otro individuo o por ultimo autorizar el trasplante de órganos con fines terapéuticos. Son temas de gran relevancia que estudiaremos en el transcurso de este instrumento.

Veremos en relación a lo dicho anteriormente, las problemáticas que se dan al trasplantar órganos de desde una persona que se encuentra en estado de muerte, en cuanto a los dilemas que se dan al disponer de nuestro propio cuerpo, el derecho a la muerte y el derecho a la eutanasia.

Además queremos esclarecer si realmente existe el derecho a la muerte o si realmente tenemos derecho sobre nuestro propio cuerpo a fin de ser aprovechados nuestros tejidos o parte para fines terapéuticos o investigativos, tal como, lo establece el artículo 8 de la ley de trasplante y de donación de órganos y por otro, lado establecer si tales derechos se encuentran garantizados por nuestra carta fundamental, es decir, que tan contradictorios pueden ser con lo preceptuado por el artículo 19 en cuanto a derecho a la vida.

Disponer de nuestro propio cuerpo es un derecho que implica el respeto a nuestra dignidad como ser humano. Todo ello queremos reflejarlo en el tema de la donación de órganos en cuanto a intervenir un cuerpo muerto a tiempo para asegurar la vitalidad de los órganos y que estos sean viables. Veremos además la problemática de los casos de muerte encefálica en que la autorización no es dada por el propio donante, si no, que por un tercero, en la cual, puede darse el caso de que la persona en estado de muerte no haya expresado su voluntad en vida de ser donante y este tercero dice lo contrario.

A modo de entender de mejor manera el tema elegido, realizamos un análisis constitucional del derecho a la vida plasmado en el artículo 19 de nuestra carta fundamental. Comenzamos este análisis investigando cuales fueron los primeros criterios que se emplearon en las primeras comisiones de estudio, así como sus argumentos, y principales consideraciones que se tuvieron en cuenta al momento de plasmar dicho derecho en nuestra Constitución. Sin embargo como en toda investigación, también quisimos tratar de responder a algunas interrogantes que surgieron como por ejemplo ¿Cuál es la importancia que tienen los derechos humanos en nuestro sistema constitucional? ¿Qué es el derecho a la vida y de que manera se plasma en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Cuál es el límite que existe para poder realizar el ejercicio de este derecho? ¿Existe el derecho a la muerte? O más bien: ¿podemos disponer de nuestra propia vida?

Estas fueron nuestras principales interrogantes que nacieron al momento de realizar esta investigación, la cual hemos tratado de realizar de la mejor manera con motivo de cumplir con nuestro objetivo principal que es el tener un conocimiento acabado de lo que significa la donación y trasplante de órganos, así como también conocer y analizar nuestra normativa y realizar un análisis constitucional de lo que significa la vida y la muerte.

Como objetivos principales de esta investigación pretendemos esclarecer algunos de los

principales puntos de nuestra normativa legal vigente así como realizar un análisis ético de ésta, determinar qué se entiende por la palabra Muerte y realizar un análisis en cuanto al significado del Derecho a la vida como principal garantía Constitucional y de qué manera está ligada a la muerte y a la decisión que se toma al momento de donar órganos.

A modo de marco teórico, decidimos señalar como aspecto principal de esta investigación lo que es la donación de órganos, cuál es el significado de la muerte y la importancia en la donación de órganos y tejidos y por último desentrañar los orígenes de los Derechos Humanos y de qué manera está consagrado nuestro derecho a la vida en la Constitución Política de Chile.

En cuanto a la justificación o importancia de esta investigación podemos señalar que el tema de la Donación de órganos es un tema muy poco estudiado en Chile y respecto del cual se sabe poco, la relevancia social viene dada por el hecho de que la donaciones de órganos se enmarcan en el contexto de la salud y el desarrollo de procedimientos quirúrgicos cada vez más eficaces, de hecho la donación de órganos y el trasplante de ellos representa una posibilidad altamente fiable de vida para otros, de manera que un estudio en este sentido puede dar nuevas luces respecto de las creencias y razones que impiden la existencia de un número mayor de donantes.

Al realizar esta investigación podremos señalar que ésta puede servir de base para la elaboración de hipótesis de investigación de nuevos estudios, de mayor envergadura y, por otra parte, generar información para las personas e instituciones que se relacionan con este tema, a fin de proponer programas que den información pertinente o que contribuyan a un cambio en la actitud y conducta hacia la donación de órganos.

Capítulo I

I) Qué se entiende por Donación y trasplante de órganos.

Un trasplante consiste en trasladar un órgano, tejido o un conjunto de células de una persona (donante) a otra (receptor), o bien de una parte del cuerpo a otra en un mismo paciente. Existen muchas razones por las cuales un paciente deba someterse a un trasplante; sin embargo, una de las razones más comunes es tratar de reemplazar algún órgano o tejido enfermo o lesionado y sustituirlo por uno sano. El donador del órgano o tejido a trasplantar no necesariamente debe ser una persona con vida. Si una persona donadora sufre muerte cerebral, sus órganos pueden ser conservados por medio de diversos métodos con la intención de que su funcionamiento no se vea afectado y sea de utilidad para otro paciente que los requiera. La lista de órganos y tejidos transplantables incluye: pulmón, corazón, riñón, hígado, páncreas, intestino, estómago, piel, córnea, médula ósea, sangre, hueso, entre otros, siendo el riñón el órgano más comúnmente trasplantado a nivel mundial. Aún y cuando la idea de trasplantar un órgano o un tejido pueda parecer sencilla, existen diversos limitantes que hacen que esta no sea una tarea fácil. Cuando el órgano o tejido donado no proviene de la misma persona o de alguien genéticamente idéntico (un gemelo), antes de realizar cualquier procedimiento se debe tomar en cuenta la “compatibilidad” que exista entre el donante y el receptor. De no ser así, el sistema inmunológico del receptor reaccionará de manera negativa al trasplante y lo rechazará poniendo en riesgo el procedimiento y la vida del paciente. Los trasplantes, como cualquier procedimiento quirúrgico, suponen riesgos que deben ser discutidos detenidamente con el médico tratante. Sin embargo, son un método terapéutico que puede ofrecer beneficios

importantes y mejoras en la calidad de vida del paciente.

En Chile son cientos las personas que esperan día a día la donación de un órgano que les salve la vida. Sin embargo, esta decisión en la mayoría de los casos queda en manos de la familia, pues la donación voluntaria en nuestro país sigue siendo escasa. Mientras la familia toma esta decisión en situaciones generalmente traumáticas, hay quienes fallecen a la espera de un donante.

La situación ha empeorado en el último año, subiendo de 30% a 41% la negativa familiar. A eso se suma la falta de recursos económicos, escasa capacitación y formación de profesionales de la salud en el tema de donación, y coordinadores expertos en los servicios de salud de todas las regiones del país. Pero más importante aún, es la falta de donantes, que no sólo es un problema que golpea a nuestro país sino al mundo.

II) Antecedentes y desarrollo histórico de la Donación y Trasplantes de Órganos en Chile.

En los últimos años se han dado varios avances en la tecnología sobre los trasplantes de órganos. Superados los problemas técnicos y controlado el rechazo como principal dificultad clínica, muchos trasplantes de órganos constituyen una opción válida para los pacientes, resolviendo situaciones que comprometen su vida y mejorando la calidad de esta en la mayoría de casos. Todo ello con una característica singular: para poder realizarse, necesitan de toda la sociedad, echando mano de la solidaridad como elemento insoslayable.

Mientras los órganos artificiales o los xenotrasplantes (heterotrasplantes) no lleguen a ser útiles, las únicas posibilidades existentes en este sentido, involucran a una persona viva o un cadáver y entonces hay que apelar a la solidaridad de una persona, o de quien lo fue y de su familia, poniendo además a prueba la complejidad del proceso de donación y trasplante.

Por esta razón es que existen tantos problemas éticos y legales que impiden el acceso a órganos necesitados. Como esos obstáculos necesitan la toma de decisiones sociales fundamentales, las perspectivas de tratamiento mediante el trasplante de órganos dependerán cada vez más de las reglamentaciones que establezcan los gobiernos de cada país.

En 1987, la OMS reconoció la necesidad de desarrollar pautas para el trasplante de órganos y la Asamblea Mundial de la Salud aprobó la Resolución 40.13 que instaba al estudio de los aspectos legales y éticos relacionados con esta delicada intervención médica, en este sentido el 13 de julio de 1983, se aprobó la ley 41 que rige en nuestro país para la donación de órganos.

Dada la importancia de establecer una normativa legal acerca del trasplante de órganos es perentorio que las legislaciones traten a fondo este procedimiento, para que garanticen el respeto a los derechos del donante y del receptor, reconocidos como pacientes en la Declaración sobre Trasplantes Humanos de 1987 y que se cumpla con los aspectos éticos del trasplante.

El primer donante humano de órganos

En 1933, el ruso Voronoy realizó el primer trasplante renal a una joven en coma urémico a partir de un hombre de 60 años. Los riñones trasplantados funcionaron precariamente durante los dos primeros días; entonces, le sobrevino la muerte a la paciente.

Voronoy comunicó en 1949 otros cinco trasplantes de riñón de cadáver conservado realizados sin éxito alguno.

El primer trasplante renal entre humanos con resultado de supervivencia del receptor tuvo lugar

en Boston en 1947. A una joven en coma profundo por uremia, en anuria desde hacía diez días tras shock séptico secundario a un aborto complicado, se le trasplantó el riñón de un cadáver. El implante se practicó a nivel del pliegue del codo, y se mantenía caliente con el foco de una lámpara. El riñón secretó orina el primer día, y dejó de funcionar al segundo día. Dos días después, se reanudó la diuresis natural y se producía la curación.

En 1950 en Chicago, se realizó en EE.UU. el primer trasplante renal con implantación intraabdominal a una mujer afectada de poliquistosis renal y con función precaria a la que se le extrajo uno de sus riñones poliquísticos y se le sustituyó por el riñón de un cadáver. A los dos meses se comprobó que el riñón tenía función.

A partir de 1950, diferentes equipos europeos y americanos procedieron con el trasplante renal en humanos procedentes de cadáveres humanos.

En Chile la historia comenzó el 28 de Junio de 1968 cuando el Dr. Jorge Kaplan

y su equipo realizaron el primer trasplante de corazón en el Hospital Naval de la ciudad

de Viña del Mar. El receptor fue una mujer de 24 años quien sufría de una cardiopatía

dilatada. La mujer logro vivir 6 meses y falleció producto de una infección, una de las complicaciones de la inmunosupresión. Como se puede ver la historia de los trasplantes tiene un antes y un después desde el año 1960, y como en todo avance tecnológico de la medicina comienzan a surgir las dudas éticas respecto a las aplicaciones de estas nuevas tecnologías.

III) Planteamiento del problema: Definición, criterios y dilemas que envuelven a la Muerte.

En relación a la muerte tenemos dos elementos distintos: la definición y los criterios médicos

para declarar la muerte. Respecto a la definición de muerte nos referiremos a la definición que entrega la Real Academia de la Lengua Española: “Cesación o término de la vida”. Es parte del ciclo de la vida, le pone fin a un ciclo de vida. Está claro que la muerte es lo contrario a la vida, ello no tiene mayor discusión, y es posible complementar la definición utilizando criterios biológicos como decir que la muerte es “la extinción del proceso homeostático” o religiosa “separación del cuerpo y del alma”. Sin embargo son los criterios utilizados para decir que ella ha ocurrido lo que produce controversia.

Como consecuencia de la definición “extinción del proceso homeostático”, la muerte siempre se ha asociado a la detención de la función respiratoria y/o cardiaca, paro cardio-respiratorio. Cuando sucede un paro cardiorrespiratorio podemos realizar maniobras como la Reanimación Cardiopulmonar (RCP) y utilizar medios tecnológicos (Ventilación mecánica, uso de drogas vasoactivas) para detener, revertir y recuperar a la persona. No podemos considerar como muerta a una persona que acaba de entrar en paro, esto implica que la muerte más que algo instantáneo corresponde a un proceso. De hecho actualmente sabemos que para que una célula comience su proceso de muerte programada debe mantenerse la isquemia por un tiempo.

Clásicamente se ha utilizado el concepto de paro cardiorrespiratorio como criterio de muerte, ya que una persona en ausencia de ventilación espontánea y ausencia de actividad cardiaca eficaz, llevaba inexorablemente a una falla metabólica general dentro de un plazo no precisado.

A raíz del creciente desarrollo en las técnicas de trasplante, y el interés por realizar estas intervenciones, condujo a que en el año 1968 se formara una comisión de la Universidad de Harvard que propuso “definir el coma como nuevo criterio de muerte”, este es el concepto que

llevo al nuevo criterio de muerte, el de “muerte encefálica”.

La muerte encefálica se entiende como la abolición total e irreversible de la función de todo el cerebro, incluyendo el tronco cerebral. Este concepto exige establecer la causa del coma, excluir causas médicas que pudiesen confundir un coma, así como una serie de pruebas clínicas neurológicas destinadas a certificar la ausencia de reflejos troncoencefálicos, además de un test de apnea. La reflexión de algunos para justificar la muerte encefálica como criterio de muerte es que es el encéfalo el encargado de la coordinación e integración del organismo, y la función integradora del encéfalo es más compleja que la conexión circulatoria.

Esta analogía de muerte encefálica con muerte de la persona ha sido adoptada por algunos gobiernos. En el caso particular de Chile esto quedó definido el 13 de Agosto de 1995 mediante un fallo del Tribunal Constitucional, el cual estableció que la muerte encefálica "constituye la muerte real, definitiva, unívoca e inequívoca del ser humano". A nuestro juicio, en el esfuerzo de justificar la muerte encefálica como muerte de la persona se ha confundido lo que mencionamos al comienzo de este capítulo: muerte implica una definición y criterios médicos para certificarla. Por más que avance la tecnología médica, la definición de muerte seguirá siendo siempre la misma; la definición no puede estar sujeta ni adaptada a la tecnología, sería una forma fácil de justificar estos avances. Por el contrario, son los criterios médicos los que sin duda variarían a medida que avance la ciencia. En estos momentos contamos con la muerte encefálica, pero siendo futuristas no habría razón para pensar que la medición de ciertos marcadores bioquímicos neuronales podría servir como criterio de muerte. El problema de la discusión no es el “Qué”, sino más bien el “Cuándo”.

Si nos ajustamos a la definición de muerte, y considerando que la unidad estructural y funcional de la vida es la célula, podemos considerar que un organismo se encuentra muerto cuando en

sus células “se ha extinguido el proceso homeostático”¹* Basándonos en lo anterior, hay que considerar que analogar la muerte encefálica con la muerte de la persona es un error. Pensamos que más bien sería correcto hablar de la muerte encefálica como un “punto de no retorno”, en el que una vez que se entra no se puede salir. La tecnología médica puede prolongar este periodo, pero una vez que se entra en este punto de no retorno el final es claro, la muerte de la persona.

El concepto de muerte encefálica fue desarrollado como una justificación al avance de la ciencia, como lo es la donación de órganos. La donación de órganos de un donante muerto es más factible de conseguir que de un donante vivo. Ante esto la muerte encefálica resolvió uno de los problemas que se tenía con respecto a la obtención de órganos desde estos pacientes. Permite que las familias y médicos liberen sus culpas por sacar los órganos de una persona y acelerar el proceso de muerte.

1

Sin embargo, no tenemos porqué considerar a la muerte encefálica como muerte de la persona. Si pensamos mejor en un “punto de no retorno” y consideramos la donación como un acto de verdadero altruismo, hacemos que la dignidad del donante se vea enaltecida al tener

¹ * Sección Bioética Pág.80 Rev. Medicina y Humanidades. Vol. III N°1-2, 2011

un acto de sacrificio por el prójimo más necesitado, un verdadero acto de vida.

Por lo demás, al considerar la muerte encefálica como una muerte real de la persona, estamos atribuyéndole al sistema nervioso una importancia que implica vitalidad, en desmedro de otros órganos que sabemos que sin ellos no podemos vivir.

Un humano sin su corazón morirá, sin sus pulmones morirá, sin su cerebro morirá. La vida y la muerte son conceptos antagónicos, y si soy capaz de establecer el momento exacto de muerte debería ser capaz de establecer el momento exacto del inicio de la vida, no hay muerte sin vida. Por lo tanto si establezco la muerte encefálica como la muerte de la persona significa que en su origen, la formación del sistema nervioso establece el origen de la vida. La razón y la ciencia nos dicen que esto no es así, hay vida mucho antes de la formación del sistema nervioso (que se inicia en la 3° semana de vida), por lo tanto la muerte esta mas allá del concepto de muerte encefálica.

Capítulo II

IV) Institución encargada de los programas de donación y transplante en Chile.

La Coordinación Nacional de Procuramiento y Trasplante de Órganos y Tejidos del Ministerio de Salud es el departamento encargado de velar por el funcionamiento de los programas de donación y trasplante.

La Corporación Nacional de Fomento de Trasplantes es una entidad privada sin fines de lucro nacida en abril de 1990, respondiendo a una carencia de órganos para trasplantes y, fortaleciendo un programa de Trasplante Renal que había sido organizado con mucho esfuerzo por la Asociación de Dializados de Chile (Asodi) a mediados de la década de los ochenta.

La Corporación del Trasplante fue por 20 años la entidad que en Chile coordinó a nivel nacional los equipos médicos encargados de la pesquisa y procuramiento de órganos para trasplante, a contar del año 2010 y, tras la promulgación de la ley 20.413, todas las gestiones para la Coordinación del Procuramiento de órganos y tejidos quedaron centradas en la Coordinadora Nacional de Trasplantes dependiente de la subsecretaría de Redes del Ministerio de Salud.

Los principales objetivos de la Corporación son :

A.- Fomentar la donación de órganos y tejidos para trasplante en Chile

B.- Crear y fortalecer Grupos de Apoyo de Trasplantados con el objetivo de optimizar los índices de sobrevida.

C.- Dar apoyo emocional y contención a los Familiares de Donantes a través de los Grupos de Apoyo de Familiares de Donantes.

D.- Realizar actividades de difusión, educación y sensibilización de opinión pública

Sin embargo a pesar de las distintas campañas realizadas por la corporación de transplante de órganos y tejidos y las variadas modificaciones a la normativa sobre la donación de órganos, aun existen obstáculos para donar órganos en Chile.

Las principales razones para que la gente no done son:

1.- el posible donante en vida dijo que no quería ser donante y su familia respeta esa voluntad.

2.- La familia nunca conversó el tema, no saben lo que esa persona pensaba al respecto y prefieren no donar.

Pese a que la ley 20.413 señala que todos los mayores de 18 años somos donantes, los equipos médicos por ética y moral siempre (ocurre en todos los países del mundo), consultan a la familia para que ratifiquen la voluntad de su familiar.

2

Las razones que dan las personas para decir que no son básicamente:

- Falta de confianza en el proceso
- Poca información,
- Temores a no estar realmente muerto
- Situación estética del cuerpo tras la extracción.

V) Datos sobre donación órganos en Chile.

² Ver Ley 20413 Sobre Transplante y Donacion de Organos

Entre enero y mayo de este año, 46 familias ya han respetado la decisión de ser donante.

Gracias a ello, 138 compatriotas han tenido una nueva oportunidad en sus vidas al recibir el trasplante del órgano que necesitaban.*

46 donantes⁵ han permitido:

2 trasplantes de páncreas

12 trasplantes de corazón

13 trasplantes de pulmón

31 trasplantes de hígado

80 trasplantes de riñón.

VI) Análisis Ético de la Donación de Órganos

La donación de órganos como acto médico es el mejor ejemplo del avance de la tecnología al servicio de la medicina. Su desarrollo está ligado íntimamente al desarrollo de la tecnología. En un principio fue el desarrollo de las técnicas quirúrgicas, luego el avance en la inmunosupresión, el desarrollo de equipos y medicamentos como el ventilador mecánico y las drogas vasoactivas; y actualmente el desarrollo de órganos artificiales, o el avance en la investigación de células troncales.

Quien sabe que otras cosas nos prepara el futuro de la ciencia tecnológica.

¿Cuál es la dimensión ética de la Donación de Órganos que actualmente se lleva

a cabo? ¿Cuál es la moralidad del acto de la Donación de Órganos?

En la Donación de órganos, el objeto moral de la acción médica es restaurar la salud del órgano en cuestión dañado, más bien dicho es reemplazar el órgano deficiente por uno que permita satisfacer la homeostasis del organismo. Es un acto terapéutico, y así lo establece la Ley Chilena en su artículo N° 1 “Los trasplantes de órganos sólo podrán realizarse con fines terapéuticos”. Esto limita la actividad del trasplante de órganos a un acto de bondad como es el realizar el bien hacia una persona. Si pensamos en el trasplante de órganos como una actividad experimental, no realizo ningún bien hacia la persona receptora, al contrario, la intencionalidad del acto sería solamente mejorar la técnica quirúrgica, o probar resultados, en ningún caso estoy procurando el Bien.³

Al analizar el fin del acto moral ¿Para qué o por qué se hace?, la respuesta es una sola: Salvar la vida de pacientes que en caso de no recibir este órgano su destino seguro es la muerte. La donación de órganos es una alternativa terapéutica de última opción, donde se han realizado todas las opciones terapéuticas previas sin resultado, la falla irreversible del órgano ya ha sucedido. Actualmente el trasplante de órganos ofrece una opción real de restaurar la salud y salvar la vida de una persona, aumentando considerablemente su expectativa de vida. La finalidad es realizarle un bien a la persona.

Las circunstancias en que ocurre la donación de órganos están resguardadas por la ley chilena principalmente en sus artículos 2° “Las extracciones y trasplantes de órganos sólo podrán realizarse en hospitales y clínicas que acrediten cumplir con las condiciones y requisitos establecidos por las normas vigentes”; y 15° “Corresponderá al Ministerio de Salud establecer

³ 3Sección BioéticaPág.83
Rev. Medicina y Humanidades. Vol. III N°1-2, 2011

las normas de certificación necesarias para los profesionales que realizan actos de procuramiento de órganos y tejidos; así como establecer requisitos adicionales para la acreditación de los establecimientos que se señalan en el artículo.”

De esta manera vemos que queda asegurada la calidad de las profesiones y de las instituciones que realizan estas prácticas, dando la confianza de que el procedimiento será llevado con la mayor experticia y calidad posible.

El trasplante de órganos es un acto de verdadero altruismo, es auténtica solidaridad por el beneficio de otros. Esta acción se vería manchada, y dejaría de ser un acto de bondad, si de por medio existe compensación económica por el trasplante.

Ensucia completamente el significado del altruismo. La ley Chilena también resguarda esta acción de altruismo en su artículo 3° “La donación de órganos sólo podrá realizarse a título gratuito.”. De esta manera se respeta el nombre apropiado para esta acción: “Donación de Órganos”

VII) La Ley Chilena, análisis ético.

La ley que actualmente rige en nuestro país, desde el 15 de Enero del 2010, es la 20.413. Esta ley es una modificación de la Ley 19.415 publicada en el año 1996.

El cambio de ley en Chile responde a la necesidad que ha surgido en la sociedad de poder promover la donación de órganos como opción terapéutica. Al ser una necesidad de la sociedad el estado ha tomado parte en el asunto haciéndose responsable de su formulación y ejecución. Esta necesidad a nuestro juicio ha surgido paulatinamente consecuencia de la sensibilización y admiración que produce en las personas ver los casos de donación de órganos. Sin duda produce conmoción saber que personas con un gran potencial futuro se ven limitados y mantienen su vida en riesgo consecuencia de alguna patología que inutiliza alguno de sus órganos, más aun si esa persona fallece en la espera.

Los principales cambios que introduce esta nueva ley es el paso de un sistema de “Respuesta Requerida” a uno de “Consentimiento Presunto”. Un sistema de respuesta requerida implica que la persona se manifiesta y deja constancia por escrito si desea o no ser donante de órganos, esta decisión puede ser cambiada en cualquier momento por escrito.

Artículo 8: Toda persona plenamente capaz podrá disponer de su cuerpo o de partes de él, con el objeto de que sea utilizado para trasplantes de órganos con fines terapéuticos.

Artículo 9: Para los efectos indicados en el artículo anterior, el donante manifestará su voluntad mediante una declaración firmada ante notario.

En un Consentimiento Presunto se asume que la persona es donante de órganos a no ser que haya un registro expreso de su rechazo a ser donante.

Artículo 2: Toda persona mayor de dieciocho años será considerada, por el solo ministerio de la ley, donante de sus órganos una vez fallecida, a menos que en vida haya manifestado su

voluntad de no serlo en alguna de las formas establecidas en esta ley.”

Artículo 9: Las personas mayores de dieciocho años podrán, en forma expresa, renunciar a su condición de donantes de sus órganos para trasplantes con fines terapéuticos.

El cambio antes mencionado hace que la ley caiga en un modelo ético utilitarista. El hacer que todo mayor de 18 años sea considerado donante está pensado con la finalidad de aumentar el número de potenciales donantes y finalmente aumentar el número de donantes efectivos. Es una medida que busca el mayor beneficio posible para la sociedad. Es una visión altruista del problema "el mayor bien para el mayor número de gente".

Sin embargo la experiencia internacional demuestra que la aplicación de este modelo por sí solo no es capaz de aumentar el número de trasplantes. En España, país referente por ser el que posee la tasa de donantes efectivos más alta del mundo, la ley no tendría un rol protagónico, ya que esta se ha mantenido sin cambios desde 1979, y los buenos resultados se relacionan a otras medidas aplicadas 10 años después de la ley.

La situación Chilena actual permite varios reparos. ¿Qué pasa con el consentimiento informado y el principio de autonomía? Es cierto que la ley permite la posibilidad de rechazar la opción de ser donante, sin embargo ¿Qué ocurre con aquellas personas y familias que no conocen la ley? Autonomía implica “la capacidad de darse uno a sí mismo las leyes, y por tanto el carácter autolegislator del ser humano”. Eso no ocurre con la ley chilena, aquí se impone la realización de un acto que corresponde a la ética de máximos, es decir, es un buen acto que demuestra bondad, solidaridad, sacrificio y altruismo, pero que no estoy obligado a realizar y que por tanto nadie tiene derecho a exigir a los demás.

Es importante considerar que la Ley Chilena respeta el principio bioético de Justicia. Este principio hace referencia a la justicia social y la correcta distribución de los recursos en salud. En primer lugar garantiza el tema económico, en su artículo 3 dispone que la donación solo poder realizarse a título gratuito, los gastos son propios para el sistema de salud del receptor; este acto hace respetar el concepto de “donación” y el altruismo que ello implica. Por otra parte la ley establece la creación de un sistema que garantice una coordinación nacional de trasplantes, así como responsabiliza al Instituto de Salud Pública la creación de un registro de potenciales receptores de órganos, determinado las prioridades para su recepción. El establecer una lista de los potenciales receptores, así como también de los criterios a utilizar para la selección de estos donantes, vuelve el tema de la donación un acto transparente que no está sujeto a discriminación de tipo social, económico o cultural, sino que se atañe estrictamente a criterios médicos.

VIII) Magnitud del Problema.

Según datos de la United Network for Organ Sharing (UNOS), en EEUU durante el año 2009 existieron 28.463 trasplantados, de los cuales el 76,8% fue por un donante fallecido y un 23,2% de un donante vivo. A su vez, ese mismo año hubo 19.341 donantes, de los cuales 54,8% eran donantes fallecidos y 45,2% donantes vivos. La lista de espera 2010 desde enero a septiembre es de 108.666 candidatos de los cuales un 79% es candidato a un riñón.

En nuestro país, según datos de la Corporación Nacional del Trasplante, durante el año 2009 existieron 111 donantes efectivos, constituyéndose en la cifra más baja desde el año 1997, por lo que la tasa de donantes efectivos es de tan solo 6,5/1.000.000 de habitantes. Estas cifras nos dejan muy por debajo de la situación española, quienes tienen una tasa de donantes de

34,3/1.000.000. En Latinoamérica la situación de donantes la lideran Uruguay, Argentina y Cuba; y pese a la baja tasa Chilena, aun nos encontramos por sobre países como Colombia y Brasil.

Frente al rechazo que presentan las familias a la donación de órganos, la principal causa que se argumenta es precisamente la misma negativa familiar, principalmente el rechazo en vida de los fallecidos. Esta situación se viene manteniendo desde el año 2002, con unas cifras promedio de 35%. Argumentos como el miedo a la mutilación, religión o desconfianza se encuentran muy por debajo.

Es interesante mencionar que desde el año 2010 entró en vigencia la nueva ley chilena respecto a la Donación de órganos que modifica la forma de donación. Será interesante analizar durante el 2011 los datos obtenidos del 2010 y contrastarlo con la tendencia que se ha mantenido durante los últimos 10 años en Chile.

De acuerdo a una revisión publicada en la revista chilena de cirugía: "Los perfiles psicosociales de quienes están a favor o en contra de la donación se han caracterizado identificando los fundamentos de ambos grupos. Los primeros se caracterizan por ser menores de 40 años, con alto nivel educacional, experiencia en casos de donación o trasplantes, con información recibida en su familia o mediante campañas especializadas, aceptan la intervención del cadáver, la pareja les refuerza positivamente y comprenden el concepto de muerte encefálica. Quienes son contrarios a la donación se caracterizan, en general, por ser mayores de 40 años, con menor nivel educacional, sin experiencia previa con donación o trasplantes, sin participación en actividades de servicio a la comunidad, rechazan la intervención del cadáver por considerarla una mutilación y desconocen el concepto de muerte encefálica."

La educación no deja de ser uno de los factores importantes en la negación de las personas y de las familias a la donación de órganos. Entender lo que sucede ayuda a disminuir los miedos que pudiesen tener las personas y las familias de los potenciales donantes. Aquello que se desconoce se rechaza, se tiende a huir de él. Es por esta razón que la necesidad de realizar educación a la comunidad es un deber intersectorial que compromete a la política, ciencias de la salud, religión, etc.

Capítulo III

IX) Los Derechos Humanos

Se puede señalar, sin lugar a dudas, que uno de los rasgos característicos y más notables de los tiempos actuales lo constituye no sólo la preocupación por el reconocimiento y consagración en los textos fundamentales de las libertades, igualdades y derechos que se aseguran por los ordenamientos jurídicos de cada país a todas las personas, conocidos como derechos humanos, sino que también y en mayor grado el constante compromiso de que tales derechos sean defendidos, protegidos y garantizados dentro del sistema normativo interno y en los "diversos tratados y declaraciones de organismos internacionales, que desde mediados de este siglo han perseguido, con singular dedicación, la plena vigencia del respeto a los derechos humanos y el establecimiento de mecanismos jurídicos que los cautelen"

La esencia del constitucionalismo tiene por base y fundamento el reconocimiento, protección y defensa de la dignidad de la persona y los derechos que emanan de su naturaleza humana, por ello es que al mismo tiempo que se dota a la autoridad de potestades para llevar a cabo

su finalidad de bien común, se le imponen las restricciones necesarias para asegurar el pleno respeto de los derechos de las personas, y, conforme lo expresa el profesor Soto Kloss, " la Constitución ha configurado un verdadero sistema, para cuya correcta aplicación resulta ineludible comprender muy bien cómo se articulan los diversos elementos que confluyen en su existencia, elementos todos que se amalgaman, cohesionan y unifican en razón de su fundamento/fin que no es otro que asegurar real y concretamente la primacía de la persona humana y la intangibilidad de su dignidad.

Por ello, el constituyente establece el contenido medular de los derechos, el cual es inafectable; enseguida establece las potestades dentro de las cuales el legislador puede imponer límites o restricciones para su legítimo ejercicio, regulación que puede basarse en valores como la moral, el orden y seguridad públicos, las buenas costumbres y otros de igual naturaleza.

Dentro del ámbito de esta breve síntesis introductoria, y precisión de los conceptos elementales que debemos tener presente al analizar el tema propuesto, señalaremos algunas de las más importantes características que presentan estos derechos asegurados a todas las personas por la Carta Fundamental , principalmente en el Capítulo III, y en los "tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes":

a) El constituyente de 1980 deja reflejada en dichas normas que se refieren a derechos humanos su filosofía sobre la materia, la que tiene a la dignidad del ser humano como su sustento básico, puesto que de las normas y principios de la Carta Fundamental se desprende que los derechos y deberes constitucionales son atributos intrínsecos del hombre y le pertenecen como ser anterior y superior al Estado, quien no crea, ni otorga tales derechos, sino que sólo los reconoce, asegura, promueve y protege, pues estos emanan de la propia

naturaleza humana y son esenciales a la persona e indispensables para su digna convivencia en sociedad.

b) La esencia del Constitucionalismo, que tiene como razón de ser el reconocimiento y protección de tales derechos, la encontramos reflejada en nuestra Constitución fundamentalmente en el Capítulo III referido a los derechos y deberes constitucionales.

c) Los derechos y deberes no son absolutos, pues admiten las restricciones habituales e inherentes a su legítimo ejercicio dentro de una normalidad institucional y, además, las restricciones excepcionales impuestas en casos de emergencia, en que el propio ordenamiento constitucional, para la regulación de la crisis, permite limitar e incluso en ocasiones suspender el disfrute de los derechos por un plazo determinado hasta que sea superada esa situación de inestabilidad.

d) En el sistema constitucional chileno sobre derechos humanos debemos reconocer que es importante referirse también al problema relativo a la solución de los conflictos en caso de pugna o colisión de derechos, los que en su ejercicio pueden llevarnos a la necesidad de pronunciarnos si hay algunos que priman sobre otros o que, en un caso determinado de conflicto o superposición de dos o más derechos, deba uno primar sobre otro. A este respecto, debemos expresar que todos los derechos son indispensables para la dignidad de la persona, en cuanto a que ninguno prevalece sobre otro, pero es evidente que si dos o más confluyen simultáneamente y no es posible su conciliación, debemos admitir la idea de jerarquía entre ellos. Para ello "es menester, entonces, principiar reconociendo y promoviendo los derechos más nucleares o configurativos de la personalidad de cada sujeto, para desde allí irradiar hacia los derechos corticales o que se refieren a la exteriorización de dicha personalidad en la convivencia social". En este sentido el derecho de mayor relevancia es, sin duda, el derecho a

la vida y a la integridad física y síquica de la persona y por ello, entre los derechos enumerados en el Capítulo III de la Carta Fundamental , figura en primer término el derecho a la vida, demostrando que "en la enumeración del artículo 19 de la Constitución no se hallan los derechos dispuestos al azar, sino que siguiendo un orden determinado, es decir, la secuencia jerárquica enunciada".

En el contexto de los principios enunciados y de los elementos fundamentales que caracterizan nuestro sistema constitucional entendemos por Derechos Humanos aquellos derechos esenciales que emanan de la propia naturaleza humana, anteriores y superiores al Estado, quien tiene por finalidad única y exclusiva estar al servicio de la persona, debiendo para ello, reconocer tales derechos, y contribuir a su promoción y protección asegurando así real y concretamente la primacía de la persona humana y la intangibilidad de su dignidad.

X) Derecho a la Vida en Nuestra Carta Fundamental.

Entre los Derechos Humanos el más importante de todos, no cabe ninguna duda, es el reconocido y garantizado por la Constitución en el número primero del artículo 19, al asegurar a todas las personas:

"El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con

quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo".

El alcance de este derecho asegurado por la Constitución en los términos expresados, cautela el derecho más esencial emanado de la naturaleza humana, cual es el derecho a la vida, a conservar la vida exigiendo que el ordenamiento jurídico le otorgue protección contra atentados que pretendan su vulneración, de cualquier índole que estos sean, ya sea que provengan de la autoridad o de cualquier individuo. En este sentido, el derecho a la vida, fuente primordial y razón de ser de los demás atributos de que está dotado el ser humano, se protege por el ordenamiento constitucional y legal desde su mismo inicio, protección que alcanza a quien aún "está por nacer" , y debe extenderse por toda la existencia, por lo que en este sentido "el enfermo tiene, también derecho a que se preserve su vida y, por tanto, a las técnicas médicas, sin que sea admisible ninguna forma de eutanasia".

El derecho a la vida tiene varios aspectos dignos de ser analizados, pero, para los propósitos del presente estudio nos detendremos sólo en los que sean más relevantes para la finalidad indicada. En efecto, al otorgarse protección a la vida del que está por nacer, vinculamos dicho precepto a tema tan importante como lo es el del aborto y de todas las acciones tendientes a interrumpir artificialmente el embarazo, sin perjuicio de los problemas relacionados con la gestación asistida, fertilización in vitro o cualesquiera otras manipulaciones del embrión. Es decir, el ser humano tiene derecho a ser protegido desde el inicio de la vida, luego, evidentemente, tiene derecho a nacer, a vivir desarrollando todas sus aptitudes físicas e intelectuales de que ha sido dotado, prohibiéndose cualquier atentado que pudiese afectar su integridad física y psíquica, de cualquier naturaleza que estos sean, especialmente en cuanto

podieren consistir en "apremios ilegítimos".

No existe ninguna razón que pudiese justificar algún acto atentatorio en contra de la vida, pero existen y en la realidad se dan varias situaciones en que este derecho puede ser afectado, además de las ya insinuadas, relacionadas con los atentados en contra de la criatura en el vientre materno y los atentados en contra de la integridad física y psíquica de la persona y la aplicación de apremios ilegítimos. Dicho de otra forma, ¿existen situaciones en las cuales podría admitirse la justificación de algún atentado en contra de la vida de una persona que no sólo traiga por consecuencia un menoscabo físico o psíquico de ese ser humano, sino que, aún más, llegue incluso a privarlo de su existencia?

En este sentido podemos citar el derecho a la legítima defensa, concepto universalmente aceptado, por cuanto con ello es evidente que supone que nos hallamos ante un acto que siendo atentatorio en contra de la vida ajena está fundado en la protección de la vida misma amenazada de quien realiza la acción de autodefensa. Otro tema conflictivo relacionado con esta interrogante dice relación con la privación de la vida o de atentados en contra de ella, producto de conflictos bélicos en que pareciera ser lícito matar a otro para dirimir el conflicto y es una situación que en la práctica aparece como universalmente aceptada, pues se asume que la guerra lleva consigo, y como consecuencia inevitable, la muerte.

Otro tema relacionado con el derecho a la vida es el de la pena de muerte, justificada con diversas argumentaciones por sus partidarios que van desde los que piensan que constituye una medida ejemplarizadora, o para desalentar la comisión de delitos hasta los que estiman que es una razón de compensación que tiene la sociedad para imponerla a ciertos delitos. A este respecto, en la Comisión de Estudio, al tratar el tema, quedó en claro que con la redacción

dada a la norma constitucional respectiva no se supone en caso alguno que con ello se está eliminando la pena de muerte ni que se derogan los textos legales que la contemplan, pero, sin embargo, se desprende que el constituyente a su respecto evidenció una intención de reducirla en cuanto a su implantación a futuro, por cuanto para ello exige que las leyes que la impongan sean de quórum calificado, es decir, que dicha sanción sólo puede imponerse para otros delitos además de los contemplados en la legislación penal actual, sólo si la norma legal respectiva cuenta con la aprobación de la mayoría absoluta de los senadores y diputados en ejercicio.

En la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución , al tratar sobre el derecho a la vida, se planteó si con ello se asegura no sólo la vida, sino que también el derecho a la integridad física de las personas, y si se debe aludir necesariamente a la integridad física y psíquica, o bien decir lisa y llanamente que la Constitución asegura el derecho a la integridad de las personas, y eso podría comprender tanto la integridad física como la psíquica, para lo cual la Comisión invita al profesor don Armando Roa a fin de aclarar estas dudas.

El profesor Roa expresa al respecto que "hoy por hoy, pese a las diversas escuelas que existen de psicología y psiquiatría, no hay absolutamente ninguna que no esté acorde con el concepto de unidad psicofísica o, en otras palabras, psicosomática. Por lo tanto, entre la psique y el soma hay una unidad intrínseca, pero la unidad obviamente no significa confusión, no significa que psique sea lo mismo que soma, mirado desde una punta o viceversa, sino que desde el momento que se habla de unidad es porque son dos cosas distintas que por un lado está atadas; de otro modo no se podría hablar de unidad psicosomática."

"Cree que vale la pena tenerlo presente, porque a veces se tiende a confundir esta unidad como si fuera una especie de mezcla, de aleación como el hidrógeno y el oxígeno, que

conforman el agua, que es un tercer compuesto. Pero no es así, ya que siguen manteniéndose y se supone una cierta autonomía en las cosas y la que las une es una tercera entidad, que se llama la persona humana. Es decir, la persona no podría saber qué parte corresponde más a la psique y qué parte corresponde más al soma".

"Con respecto al problema planteado, cree que puede haber una alta destrucción del soma, y no sólo puede haberla, sino que se ha producido muchas veces, y curiosamente esta destrucción del soma puede contribuir aun a robustecer la psiquis y hacerla más alta que antes. Se imagina que los mártires que iban al circo sufrían una mutilación bastante notable, que llegaba hasta la muerte, y, sin embargo, a cada instante, a mayor mutilación, por decirlo así, si es que se puede establecer una proporcionalidad, adquirirían mayor riqueza psíquica, mayor exaltación con mayor velocidad en el mundo íntimo, por el cual ellos se estaban entregando."

Agrega luego: "por lo tanto, desintegración somática o una aflicción hacia el soma no significa, simultáneamente, una aflicción psíquica".

En el mismo sentido en la Comisión constituyente, expresa el profesor Silva Bascuñan que, "por un lado, el problema es el de ver hasta qué punto están integrados los valores de carácter físico y los valores psíquicos; pero a su juicio, el problema es puramente sistemático, puramente metódico y de distinción de conceptos".

"Cree que todos tienen la convicción más perfecta de que el hombre es una unidad, en que hay valores que se relacionan con el cuerpo y otros que se relacionan con el espíritu; de que todos están estrechados dentro de una indivisibilidad muy grande, pero que, en verdad, corresponden a conceptos o aspectos distintos dentro de esa misma unidad y dentro de esa misma universalidad."

"Entonces el punto de vista de meditación era, por un lado, llegar a densificar el conocimiento en relación con esa visión unitaria y, al mismo tiempo, universal del hombre, en que hay una serie de aspectos que, sin poder ser separados en forma total, tienen cierta distinción conceptual y tienen cierta riqueza de bien y de posibilidad de progreso y de mantenimiento y de desarrollo de la persona humana. Por eso existe acuerdo en que no se está dispuesto a defender, en la Constitución, respecto de la persona sólo el derecho a la vida y a la integridad física, sino que se le va a dar tanta o más importancia a la defensa de otros valores, que incluso son superiores a la vida y a la integridad física, pero que son conceptualmente distintos, dentro de la riqueza, de la variedad, de la unidad y de la universalidad de este mundo que es cada ser humano".

Por ello, algunos miembros de esta Comisión desean, en cierta, manera, llegar a un punto en que haya cierta base conceptual más estrecha entre la vida y la integridad física, porque corresponde a asegurar a la persona, por lo menos, el uso casi animal de su naturaleza, para que quede en condiciones de darles tanto o más valor a los aspectos de la persona que no se relacionan estrecha y estrictamente con ese aspecto puramente del mantenimiento de la vida y de la integridad física.

Personalmente, piensa que si se proyecta más allá de la vida y de la integridad física la defensa que se va a hacer, en ese precepto, de la persona humana, se va a tener que enriquecer y diversificar de tal manera esa base, que va a quedar toda la Constitución allí. Porque, dentro de la unidad que es la persona, convencidos de ella y de la implicancia recíproca que hay de todos los valores, si se comienza a desarrollar allí todo, quedará ese único precepto en la Constitución. En efecto, agrega, ¿qué otra cosa más se quisiera, en el fondo, para todos los convivientes en esta sociedad política, que una vida humana realmente digna y completa?

El derecho a la vida que, como se ha dicho, es un derecho humano básico por cuanto a través de su reconocimiento y respeto se posibilita el acceso a todos los demás derechos, exige, pues, que nadie sea privado de ella arbitrariamente, tal como se desprende de los más importantes instrumentos internacionales que imponen a las propias autoridades del Estado o sus funcionarios la prohibición de cometer muertes arbitrarias, adoptando además todas las medidas para evitar y sancionar la privación arbitraria de la vida mediante actos criminales.

Al ocuparnos del derecho a la vida, la muerte aparece irremediamente y frente a ella los seres humanos nada pueden hacer para evitarla, por lo que, en torno a ella lo que este derecho analizado intenta es proteger a las personas de aquellas acciones arbitrarias que puedan afectar la vida y hacer aquella clase de muerte, evitable.

El derecho a la vida nos plantea no sólo la cuestión relativa al respeto que se debe a la vida de los demás seres humanos, ya que por su propia naturaleza este derecho actúa erga omnes, pues todos aparecen como obligados a respetar este bien del titular, sino que también es preciso considerar otro aspecto u obligación que emana del reconocimiento de este derecho: el respeto de la propia vida. En este sentido es que, precisando el alcance del derecho protegido por la Constitución en este artículo 19 N° 1, podemos plantearnos la interrogante: ¿existe el derecho a la muerte? O más bien: ¿podemos disponer de nuestra propia vida?

Como se ha comentado ya, el derecho a la vida es el primero y más importante de los proclamados, al cual el constitucionalismo le otorga esta prioridad fundado en que todos los demás derechos y libertades son gozados en la medida que se radican en la vida humana, en el derecho a vivir desde el primer instante de la concepción. Por ello, en los textos de las Declaraciones de Derechos y en las Cartas Fundamentales encontramos incorporado explícita o implícitamente el derecho a la vida vigente desde la concepción y hasta la muerte.

De este derecho a la vida y al respeto a la integridad física y psíquica de las personas deriva el derecho que estas tienen para disponer del propio cuerpo y del propio cadáver, en algunas situaciones reguladas por el ordenamiento jurídico, especialmente en lo que dicen relación con los temas planteados en el presente trabajo, como ser en los siguientes actos:

1º) En aquellos casos en que debe dar su consentimiento para que se le efectúen determinados tratamientos médicos indispensables para el restablecimiento de la salud, cuando dichos tratamientos o diagnósticos no corresponden a aquellos suficientemente comprobados, en cuyo caso debe autorizarlo el enfermo, y a falta de este algunos parientes o su representante legal, si el afectado no estuviere en condiciones o no pudiere manifestar su voluntad.

2º) Cuando en vida de la persona otorga su autorización para la extracción y aprovechamiento de tejidos para su injerto en otra persona.

3º) En el caso que manifieste su voluntad con el propósito que, después de su muerte se pueda disponer de su cadáver o partes del mismo para su utilización con fines científicos u otros.

4º) Cuando manifiesta su voluntad para disponer de su cuerpo o partes de él con el objeto de que sea utilizado para trasplante de órganos con fines terapéuticos.

XI) Marco teórico : Transplante de Órganos, la Vida y la Muerte.

Hemos analizado el derecho a la vida reconocido y asegurado en el primer número del artículo 19 de la Carta Fundamental , examinando el alcance que se le otorga a las normas referidas que amparan la vida humana desde los inicios hasta su extinción. En el extremo contrapuesto

a la vida y relacionado estrechamente con este derecho analizado, situamos la cuestión de la muerte con todos los problemas conexos con ella, algunos de los cuales son materia de este trabajo, y ya han sido someramente analizados. Enseguida analizaremos el problema de los trasplantes de órganos pasando revista a algunos puntos del debate que nos parecen de interés y que aún no han sido abordados, relacionándolo indudablemente, como se ha advertido al principio, desde el punto de vista del donante o más bien dicho desde la perspectiva de la persona o sujeto a quien se le extraen órganos con este propósito, pues no siempre se puede hablar de "donación" de órganos que nos da la idea de un acto "voluntario" del "dueño" de dichos órganos, situación que no se produce cuando disponen del cuerpo y sus partes los parientes o representantes legales del "donante." En lo relativo a las interrogantes y problemas que nos plantean los trasplantes de órganos desde una persona en "estado de muerte", y por la estrecha conexión que con este dilema tiene, haremos algunas breves acotaciones sobre asuntos relacionados con el derecho a la disposición del cuerpo, el derecho a la muerte y el problema de la eutanasia, aunque sólo en cuanto tiene alguna vinculación con las cuestiones centrales del presente estudio.

El fenómeno de la muerte, según hemos precisado, es una cuestión que se encuentra inexorable e íntimamente relacionada con las operaciones de trasplante de órganos. Este hecho y proceso complejo de la muerte natural y futura tiene relevancia al referirnos al trasplante de órganos desde personas fallecidas, extrayéndose partes o piezas de ese cuerpo para ser implantadas en otra persona que está viva, pero que padece de una incapacidad física o afección que hace necesaria dicha implantación, ya sea para salvarle la vida que está en peligro o para prolongársela o simplemente para permitirle el mejor funcionamiento de algún órgano o parte de su cuerpo que requiere de dicha operación.

Hemos visto que es de vital importancia, para los efectos del trasplante de órganos, la precisión en cuanto al concepto y determinación en la forma más "precoz" posible del momento de la muerte o estado de muerte, que posibilite la extracción del órgano para trasplante en condiciones de "viabilidad", ello por cuanto, para casi la mayoría de los trasplantes, se emplean términos como "órgano vivo" o que, en su caso, tratándose de trasplante del corazón que dicho órgano esté "vivo, palpitando y funcionando en forma espontánea" para que pueda tener éxito su implantación en el receptor.

De allí que uno de los primeros problemas que debe ser resuelto es la certificación de la muerte de la persona a la cual se le extraerán sus órganos, poniendo por ejemplo a este respecto los casos en que es difícil precisar para la medicina y para el derecho consiguientemente, si una persona "está viva o muerta" en algunos accidentes del tránsito y en algunos tipos de ataques en que se presenta cesación de ciertas funciones vitales, pero no implica necesariamente que esté muerta y, frente a ello, se pueda producir un diagnóstico apresurado con el fin de utilizar determinados órganos de ese cuerpo con propósitos de trasplante. ¿Qué sucede en el caso de una persona que ha sido declarada en estado de muerte cerebral de acuerdo a la ley vigente y se le procede a extraer órganos y resulta que esa persona no estaba muerta? Se podría concluir que los médicos que participan en la operación de trasplante y extraen órganos de esa persona estimada erróneamente como muerta, son responsables de cuasi delito de homicidio, si sólo se les pudiera imputar culpa o negligencia en su actuación o, en caso de estimarse dolosa su intervención, es decir, por haber desarrollado su actuación extrayendo los órganos del sujeto a sabiendas de que la persona se encontraba aún viva, pudieren ser responsabilizados de homicidio. Lo anterior, sin perjuicio de otras responsabilidades, especialmente en cuanto atañen a la responsabilidad ética que le corresponde afrontar en esa situación al profesional médico.

Por las razones expuestas, debido a los problemas de diagnósticos de muerte presuntamente erróneos, es que las normas que se han dictado, a nivel nacional y también en lo que dice relación con la legislación extranjera, se ha tratado de adoptar todas las precauciones posibles en cuanto a las disposiciones que permiten los trasplantes de órganos, el aprovechamiento de partes del cuerpo extraídas de un cadáver y asimismo en los trasplantes que se verifican entre personas vivas, requiriéndose la intervención de equipos médicos idóneos, y previo cumplimiento de los estrictos requisitos.

¿Existe un Derecho a la Muerte?

Lo que debatiremos a continuación, y que tiene estrecha vinculación con el tema en estudio, será la posible existencia de un derecho a la muerte, fundado en un libre e incondicionado dominio sobre la vida propia que se desprendería de las observaciones que se han planteado respecto del derecho a disponer de nuestro cuerpo en vida y cuando este ya sea cadáver, con los propósitos ya señalados, entre los cuales nos interesa indudablemente destacar el que dicho cuerpo o algunas partes del mismo puedan ser utilizados con fines de trasplante. De la posible aceptación o rechazo de dicha tesis sobre derecho a la muerte podrían derivarse, aunque indirectamente, "consecuencias sobre la posible existencia de un derecho a causar la muerte ajena, fundado en esa misma capacidad de autodeterminación"⁵⁷.

La protección constitucional a la vida de la persona involucrando con ello la integridad física del ser humano pareciera que, en cuanto a sus alcances, como se ha comentado anteriormente, no caben dudas en cuanto a que bajo ciertos aspectos es posible afirmar que lo asegurado en cuanto a este derecho permite al individuo realizar ciertos actos de disposición de su cuerpo o partes del mismo, con los propósitos ya enunciados, entre los que señalamos los tratamientos médicos no suficientemente experimentados o comprobados, el

aprovechamiento de tejidos para su injerto en otra persona, la disposición del cadáver o partes del mismo con fines científicos u otros y la disposición del cuerpo o partes del mismo con el objeto de ser utilizados para trasplante de órganos con fines terapéuticos. El problema examinado desde el prisma de la ley sobre trasplante de órganos nos lleva a plantearnos algunas interrogantes de vital importancia, porque no cabe ninguna duda acerca de la conclusión a que podemos llegar en cuanto a que dicha ley posibilita referirse a un derecho de la persona para disponer de su propio cuerpo, una vez fallecida, para destinarlo en todo o parte a alguno de los propósitos señalados en la referida ley.

Podremos a este respecto plantearnos algunas preguntas: ¿tienen las personas, incluidos dentro de sus derechos, el derecho sobre la propia persona, en cuanto este comprenda la posibilidad de disposición sobre su cuerpo?, y, ¿cuál es la naturaleza jurídica del cuerpo?

Algunos consideran que el cuerpo humano es una cosa y que, por lo tanto, es posible que sea objeto de actos jurídicos de cualquier índole en forma amplia, pudiendo de esta forma la persona realizar actos de disposición de partes, órganos o piezas del mismo. Sería un objeto del derecho mientras el ser humano esté con vida. Otros van un poco más lejos y estiman que sobre el cuerpo existiría un derecho de propiedad y como tal habilitaría a su titular para utilizarlo sin ninguna limitación disponiendo de él tanto en vida como cuando sea cadáver. Siendo comerciable el cuerpo humano, según los que así piensan, los actos de disposición, como es la donación de parte del cuerpo vivo, o de órganos o tejidos, serían actos perfectamente lícitos.

Otros, en cambio, consideran que el cuerpo humano no es objeto ni cosa y, por lo mismo no es susceptible de ser comerciable u objeto de contratos de donación o cesión. Menos aún podrían celebrarse a su respecto contratos onerosos o de carácter patrimonial.

Los que niegan la posibilidad de considerar al cuerpo humano como una cosa o bien

comerciable sostienen que sólo cabrían cesiones gratuitas con fines científicos, ya que los actos mercantiles serían ilícitos, nulos, pues atentarían contra la moral, el orden público y las buenas costumbres. Se dice por algunos que el cuerpo humano es una parte del derecho a la personalidad y no es objeto o materia de actos jurídicos, como la venta de órganos o partes del cuerpo vivo.

Como ya lo hemos analizado, de conformidad con el artículo 8° de la ley sobre trasplante y donación de órganos, "toda persona plenamente capaz podrá disponer de su cuerpo o de partes de él" con fines de trasplante terapéutico. Además la ley, modificando en ese aspecto algunas normas del Código Sanitario, establece la posibilidad de que la persona también disponga de su cuerpo o partes de él mediante el aprovechamiento de tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo, para su injerto en otra persona y, finalmente, se posibilita a toda persona plenamente capaz para disponer de su cadáver o partes de él con el objeto de que sea utilizado en fines de investigación científica, para la docencia universitaria, para la elaboración de productos terapéuticos o en la realización de injertos. Por otra parte, la mencionada ley sobre trasplantes establece que la donación de órganos sólo podrá realizarse a título gratuito (¿no es de la esencia de la donación el que ella sea a título gratuito?) y declara nulos los actos o contratos a título oneroso que contengan la promesa o entrega de órganos para trasplante (artículo 3°), y establece sanciones penales en el artículo 13 para quienes facilitaren o proporcionaren a otro, con ánimo de lucro, un órgano propio, o si lo hiciera por cuenta de un tercero, penalizando también a quien ofreciere o proporcionare dinero o cualesquiera otras prestaciones materiales o económicas, con el objeto de obtener algún órgano o el consentimiento necesario para la extracción, sea para sí mismo o para un tercero. Igualmente permite la ley la importación y exportación de órganos y el aprovechamiento de tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo para su injerto en otra persona, sólo si dichos

actos se realizan a título gratuito (artículos 14 y 17 letra b) de la Ley N ° 19.451, ya citada).

Derecho a disponer del propio cuerpo y enfermos terminales. Consideraciones acerca de la eutanasia:

Cuando el problema lo planteamos en relación a la autorización dada por la persona para disponer de su propio cuerpo en los términos señalados en el artículo 9° de la ley, es decir, cuando el donante manifiesta en alguna de las formas allí señaladas su voluntad expresa, manifestada con plena capacidad de su determinación de que una vez muerto se le puedan extraer órganos para fines de trasplante, nos preocupa que en algunos o muchos casos estemos frente a los llamados "enfermos terminales" en que su capacidad de determinación no es libremente expresada dada su situación como tales. ¿Qué debemos entender por "enfermo terminal"? y ¿qué relación tiene esta cuestión que nos planteamos con esta materia? Es indudable que este tipo de enfermos pueda en muchos casos encontrarse en situaciones en que sea necesario a su respecto adoptar una determinación de vida, prolongando artificialmente la que se escapa, o suspendiendo los tratamientos cuando estos adquieren la dimensión de "desproporcionados". Este enfermo terminal, se ha dicho, es aquel a quien "hemos hecho sinónimo del paciente de todos modos irrecuperable y sufriente, a quien la terapéutica sólo puede prolongarle, por un breve período, su supervivencia, sin ofrecerle un alivio significativo, ni menos recuperación". A este respecto, por lo general los médicos consideran como aconsejable la suspensión de tratamientos agresivos, que sólo conducirían a una difícil y dolorosa agonía, pudiendo estimarse como un claro derecho del paciente para tomar decisiones sobre su tratamiento, siempre y cuando, indudablemente, esté en condiciones o sea competente para adoptar esas determinaciones. Lo anterior no se producirá en la mayoría de los casos en que influyen en el enfermo circunstancias tanto patológicas como psicológicas o emocionales que disminuyen notablemente su capacidad para adoptar

cualquier tipo de decisiones. Un problema común es discernir entre los tratamientos terapéuticos llamados proporcionados o desproporcionados, porque resulta evidente que a enfermos terminales no es conveniente aplicarles medios desproporcionados a su condición, pero, ¿cuál es la medida?

Pero, si examinamos la cuestión desde el punto de vista del derecho constitucionalmente asegurado por el ordenamiento fundamental, esto es, la vida e integridad física y psíquica de la persona, podemos preguntarnos si verdaderamente dicha protección, especialmente si la referimos a la "integridad física de la persona", se da o no frente a los progresos de las ciencias médicas y de la biología, puesto que incluso en algunas situaciones se ha llegado a hablar de "encarnizamiento terapéutico" para referirse a casos en que el individuo es prácticamente despojado de su condición de ser humano para, por medio de máquinas muy sofisticadas y otros medios artificiales modernos, ser mantenido indefinidamente en una posición indigna de su condición humana. Ello, indudablemente nos lleva a reforzar la idea de dignidad que debe rodear al ser humano desde el nacimiento de la vida y hasta su extinción, e incluso en su condición, una vez muerto, de cadáver. Relacionado a la persona y su dignidad desde el principio de la existencia, respecto del ser humano como persona digna durante toda la vida y, finalmente, muerta digna, son conceptos que, no cabe duda, están presentes en nuestro ordenamiento fundamental según lo expresamos al comienzo.

Cabe al respecto citar lo expresado en una famosa declaración de los premios Nobel J. Monod, L. Pauling y G. Thompson que, en relación con el tema, podemos mencionar: ..."Es cruel y bárbaro exigir que una persona sea mantenida en vida contra su voluntad rehusándole la liberación que ella desea 'dulcemente, fácilmente' cuando su vida ha perdido toda dignidad, belleza, significado, perspectivas de futuro.

El sufrimiento inútil es un mal que debería ser evitado en las sociedades civilizadas. Puesto que todo individuo tiene el derecho de vivir con dignidad -aunque tal derecho sea con frecuencia negado de hecho- tiene también el derecho de morir con dignidad".

En efecto, consideramos que el ordenamiento fundamental en cuanto protege la vida e integridad física y psíquica de la persona, no sólo debe abarcar con dicho amparo al sujeto desde el primer indicio de existencia humana y durante todo su desarrollo, sino que incluye también la muerte. La persona como tal merece protección y reconocimiento a su dignidad como ser desde antes del nacimiento y hasta la muerte, y esta última también debe estar rodeada de esa dignidad propia del ser humano. Igualmente creemos que incluso después de muerta merece un trato digno su cuerpo, que no por el término de su existencia puede transformarse en una especie de la que se puede disponer arbitrariamente.

También podemos mencionar a este respecto que "en 1968 se dirigió una interpelación a la misma Asamblea General de las Naciones Unidas por la que se solicitaba del Secretario General la redacción de un informe orientado a la protección de la persona humana y de su integridad física e intelectual frente a los progresos de la biología, de la medicina y de la bioquímica". El informe se publicaría en 1970. Y el año siguiente, la comisión de las Naciones Unidas para la defensa de los derechos humanos adoptaría una resolución encaminada a estudiar la influencia sobre los derechos humanos de los mencionados progresos científicos, así como sus repercusiones sobre el derecho a la salud.

Un episodio célebre, por la amplia cobertura en los medios de comunicación que se le dio en su época, es el caso de Karen Quinlan, "en estado de coma desde 1975 a 1985, sobre el que en 1976 se pronunció el tribunal del estado de New Jersey concediendo a los padres de Karen la capacidad de decidir sobre la oportunidad de desconectar los aparatos que la mantenían en

vida vegetativa". La parte más importante de la sentencia reza así:

"Con el fin de alejar toda duda sobre este particular, repetimos que, a partir del asentimiento del tutor y de la familia de Karen, en el caso de que los médicos responsables del tratamiento concluyeran que no existe posibilidad alguna de que Karen salga jamás de su estado actual de coma y llegue a un estado de convivencia y que sea necesario desconectar el aparato que mantiene a Karen en vida, deberán consultar al 'comité ético' del hospital o algún otro organismo semejante de la institución donde Karen se encuentre entonces hospitalizada. Si este organismo consultivo está de acuerdo en decir que no existe posibilidad razonable de que Karen salga jamás de su estado de coma actual y llegue a un estado de conocimiento y de conciencia, el aparato que la mantiene actualmente en vida puede ser desconectado y tal acto no podrá incurrir en responsabilidad alguna civil o criminal, a nivel de cualquier participante de que se trate, ya sea tutor, médico, hospital u otros".

La importancia del caso de Karen Quinlan "reside en la violenta e intuitiva confrontación de diversos puntos de vista éticos y jurídicos. Pero, sobre todo, supuso un paso notable de clarificación en medio de una confusión que a veces parecía intencionada. La sentencia del tribunal no aludía evidentemente a la eutanasia, como tampoco a la antidistanasia. Pero venía a reconocer el deber y el derecho a la sociedad a reclamar e introducir una cierta reglamentación en los casos de enfermedades irreversibles, en los que el avance de la técnicas reanimatorias puede prolongar indefinidamente una vida meramente vegetativa o de alguna manera sustraída al señorío y la dignidad de la persona humana. La sentencia venía a ratificar la legitimidad -y, en consecuencia, la despenabilidad de las prácticas antidistanásicas, siempre que fueran realizadas con las debidas cautelas y tras el dictamen de un comité ético,

cuando ya se hubiera perdido la esperanza de mantener una vida plenamente humana y cuando se planteara la cuestión de la eventual decisión de abstenerse de ciertas medidas terapéuticas consideradas como extraordinarias.

Las enormes posibilidades de la técnica médica moderna que permite hoy conservar a enfermos irrecuperables en una larga agonía nos lleva a una interrogante, en cuanto si en esos casos, respecto de dichas personas que se encuentran en ese estado, nos encontramos en realidad ante una vida humana, y en algunos casos extremos los médicos o parientes que deciden desconectar los equipos por compasión, nos llevan a plantearnos nuevamente el tema de la eutanasia, no sólo desde el punto de vista moral, sino que también jurídico-penal. Se dice en este sentido que derechamente deben dictarse normas que clara y determinadamente despenalicen la acción u omisión del médico que desarrolla una conducta tendente a abreviar una agonía dolorosa de un enfermo terminal irrecuperable. Pero, frente a estas interrogantes, nosotros nos planteamos lo siguiente: sea dolorosa o no la situación terminal de una persona enferma o accidentada gravemente, si media la autorización correspondiente para utilizar y extraerle órganos para trasplante ¿no está la ley aceptando implícitamente y despenalizando conductas para "abreviar" la vida de esos pacientes? y, aunque no se mencione directamente que se trata de una figura de eutanasia o muerte por compasión ¿no se estaría dando en algunas situaciones casos prácticamente de eutanasia por acción (desconectar equipos) u omisión (no utilizar algunos medios o técnicas "desproporcionados" o no suficientemente comprobados empíricamente) respecto de estas personas con fines de trasplante?

Difícil es resolver el problema en cuanto a los aspectos éticos fundamentalmente cuando el donante potencial no es competente para adoptar libremente una determinación de ofrecer un tejido u órgano, situación que se presenta respecto de niños, enfermos mentales o individuos que están en estado agónico, caso en el cual la determinación puede ser adoptada por

terceros.

A este respecto, Miguel Kottow sostiene que "supuesta la legítima voluntad del paciente de morir al encontrarse en estado de discapacitación masiva, de sufrimiento intenso o de padecer un deterioro progresivo e irreversible, se puede aprobar o rechazar medidas eutanásicas. El rechazo concuerda con el encargo de la medicina de velar por la mantención de la vida y de no permitir omisiones que atenten contra la mantención de procesos vitales. El médico excede sus potestades y contraviene sus tareas cuando actúa promueve, en tanto que el paciente y /o sus representantes se están arrogando un derecho de posesión y disposición sobre la vida que más propiamente debe ser entendida como un don no rechazable", agrega luego, que "el médico coteja el derecho a decisiones autónomas del paciente con su propio mandato de conservar la vida. Una manera de eludir la confrontación de estas dos posturas básicas es descalificar la solicitud del paciente y poner en duda su competencia para tomar decisiones racionales". Opiniones, las anteriores, que, aunque manifestadas por su autor refiriéndose al tema de la eutanasia, son atinentes y tienen estrecha relación con los temas en estudio.

En todo caso, y tal como lo expresa el mismo autor citado, hay una relación entre la eutanasia y la donación de órganos con propósitos de trasplante, cuando sostiene que estos -eutanasia y donación de órganos- "comparten un terreno común, ya que en ambos temas interviene la manipulación médica del proceso de muerte, sólo que en sentidos opuestos: en tanto los defensores de la eutanasia buscan liberalizar las indicaciones para facilitar la muerte, los interesados en cosechar órganos tratan de intervenir de tal modo que se dictamine la muerte del individuo a tiempo para asegurar la vitalidad de sus órganos y obtenerlos en estado viable".

"La argumentación proeutanasia propende a limitar y oportunamente suspender las medidas terapéuticas de apoyo -nutrición e hidratación parenteral-, en tanto la medicina de trasplantes

prolonga estas medidas en orden a conservar los órganos a sabiendas que el cuerpo del donante ya no beneficia a intervención alguna".

"Mientras la ley y las costumbres en torno a la eutanasia sigan siendo necesariamente restrictivas, reducirán las disponibilidades de órganos, en tanto que una liberalización que intente cautelar los intereses de los beneficiarios de órganos daría entrada a dudas sobre la prudente utilización del derecho de ayudar a morir, sea por deseo propio, sea en beneficio de un potencial receptor de órganos."

Pero, en este sentido, es conveniente tener en especial consideración lo que sobre el tema se sostiene en la "Declaración sobre la eutanasia de la Congregación para la Doctrina de la Fe ":
"Es necesario reafirmar con toda firmeza que nada ni nadie puede autorizar la muerte de un ser humano inocente, sea feto o embrión, niño o adulto, anciano, enfermo incurable o agonizante. Nadie además puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad, ni puede consentirlo explícita o implícitamente. Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo. Se trata en efecto de una violación de la ley divina, de una ofensa a la dignidad de la persona humana, de un crimen contra la vida, de un atentado contra la humanidad".

La misma Declaración anteriormente citada se refiere a la licitud de recurrir, con el consentimiento del enfermo, a medios puestos a disposición por la medicina avanzada, aunque están en fase experimental y no libres de todo riesgo, y que también es lícito suspender tales tratamientos si el empleo de esos medios es desproporcionado a los resultados previsibles y si en definitiva imponen al paciente sufrimientos mayores que los beneficios que puedan obtener de los mismos. El rechazo a estos tratamientos demasiado peligrosos o costosos "no equivale al suicidio: significa más bien o simple aceptación de la condición humana, o deseo

de evitar la puesta en práctica de un dispositivo médico desproporcionado a los resultados que se podrían esperar, o bien una voluntad de no imponer gastos excesivamente pesados a la familia o a la colectividad".

Agrega la misma Declaración, que "ante la inminencia de una muerte inevitable, a pesar de los medios empleados, es lícito en conciencia tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo las curas normales debidas al enfermo en casos similares. Por esto, el médico no tiene motivo de angustia, como si no hubiera prestado asistencia a una persona en peligro".

Pero, volviendo al tema de la vinculación que, en ocasiones se plantea, entre el trasplante de órganos y algunas prácticas eutanáticas, podemos mencionar en este sentido a don Alfonso Quiroz, quien menciona el caso siguiente: "El 30 de mayo de 1969 se acusa de practicar la eutanasia a dos médicos británicos, pues trasplantaron un corazón paralizado deliberadamente. Los cirujanos del Hospital Guy informaron que la enferma Sinbury estaba muerta clínicamente antes de que la máquina fuera desconectada. Pero el doctor Geoffrey Spencer, del Hospital St. Thomas, opinó que no son adecuadas las garantías que por ahora se dan al público; y por su parte el doctor W.J. Dempster, instructor de cirugía experimental del Hospital Hammersmith, exteriorizó la opinión de que los cirujanos del Hospital Guy habían cometido un acto de eutanasia".

Derecho a disponer de un Cuerpo Ajeno

Pero, retomando el tema sobre la disposición del cuerpo, a nuestro parecer, una mayor inquietud aún nos produce la situación que se plantea cuando la autorización para utilizar el cuerpo de una persona fallecida o en estado de muerte encefálica es otorgada no por el propio

"donante" sino que por terceras personas. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 de la ley, se permite la extracción de órganos para trasplante de personas en estado de muerte que, en vida, no expresaron su autorización para ello en los términos de dicha ley. Incluso podría darse la situación de que dicha persona no sólo no hubiera manifestado expresamente en la forma dispuesta por la ley su voluntad de donar órganos para trasplante, sino que en vida pudiere haber sido totalmente contrario a tal idea, y que hubiere denegado su consentimiento, o que nunca hubiere podido o tenido la ocasión de expresar tal oposición y, sin embargo, en estado de muerte es posible, según la ley, que otras personas decidan lo contrario a sus principios sobre la materia.

En efecto, en dicha norma de la ley (artículo 10) se posibilita que, en tal caso, la autorización pueda otorgarla, a falta del propio "donante", su cónyuge y en subsidio el representante legal si lo tuviere y, a falta de ambos, la autorización para extraerle órganos a esa persona en estado de muerte encefálica pueden prestarla "la mayoría de los consanguíneos presentes de grado más próximo en la línea recta. Es decir, en este último caso ni siquiera se exige que todos estén de acuerdo con ello, sino que basta que lo esté sólo una mayoría de los que en ese momento se encuentren "presentes" y si no lo están los consanguíneos en la línea recta, pueden dar la autorización correspondiente los parientes consanguíneos en la línea colateral hasta el tercer grado inclusive. En todos estos casos la ley permite que quien dispone de un cuerpo en estado de muerte para efectos de trasplante sea un tercero, por ello decimos que en dicha situación se dispone del cuerpo ajeno, o como lo sostuvieron los senadores requirentes ante el Tribunal Constitucional, se estaría disponiendo en ese caso de una vida, ¿de un cuerpo aún vivo y no de un cadáver?*

En este sentido concordamos plenamente con lo expresado por los ministros suscriptores del voto de minoría en el Tribunal Constitucional cuando manifestaron que "además, en dicho

artículo 10 se omite precisar la situación que afectaría a quienes hubieren manifestado su oposición a ser objeto de extracción de sus órganos, ya que esta disposición alude en general a quienes "no hayan expresado su autorización", planteando, a lo menos, una duda acerca de la facultad que tendrían los familiares o representantes para otorgar tal consentimiento con respecto a quien la hubiere en vida denegado, imprecisión y duda del todo inaceptables al tratarse de la propia integridad de la persona garantizada por la Constitución Política ".

Agregan a continuación en esta misma línea argumental los ministros minoritarios: "que la situación descrita en el citado artículo 10 merece, a lo menos y en primer término, destacar que la disposición sobre el propio cuerpo es un atributo personal, congruente con lo establecido en el primer inciso del artículo 1° y en el numeral 1° del artículo 19 de la Constitución Política.

por lo que la disponibilidad por decisión de terceros y, aún más, por una 'mayoría' de parientes 'presentes', resulta contradictoria con el sentido de aquel precepto"

Es evidente, por lo menos a nuestro parecer, que en los citados acápite de la ley sobre trasplante de órganos, las normas referidas que autorizan a terceras personas, sin o contra la voluntad del titular de este derecho a la vida, para que den un consentimiento adoptado incluso por simple mayoría de algunos parientes que se encuentren presentes para que por ese solo expediente pueda procederse a desmembrar a un ser humano quien en vida pudo haber sido totalmente contrario a esa posibilidad y así haberlo incluso manifestado, están dichas normas en absoluta contradicción con el sentido que tiene el derecho a la vida que la Carta

Fundamental asegura como el más importante de todos y que es el sustento de la dignidad de la persona. ⁴

Con una norma legal como la señalada se está posibilitando la privación, perturbación o amenaza del derecho garantizado por la Constitución de que se respete la vida como el más fundamental de los derechos, desde su inicio y hasta que esta se extingue, y por qué no decirlo, incluso aún respetando el cuerpo de su titular cuando este ya ha muerto y es un cadáver, porque, ¿podemos sostener que alguien está dotado con el atributo de disponer de un cuerpo o de una vida ajena?

Por ello, y como una cuestión íntimamente vinculada con el tema que estamos tratando, es válido que lleguemos a plantearnos la interrogante siguiente: frente a un derecho como el asegurado por la Constitución en el artículo 19 N° 1 en que se garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, ¿existe un derecho a la muerte propia o a la muerte ajena? En efecto, si analizamos el problema del trasplante de órganos siguiendo o no los planteamientos argumentales de los senadores requirentes, podemos perfectamente concluir y manifestar que la persona que adopta una decisión sobre donación de órganos está adoptando una determinación que tendrá incidencia directa respecto del término de su existencia, ya que cualquiera que sea el criterio que se tenga respecto de la muerte encefálica, y que esta se considere o no sinónimo de la muerte definitiva del individuo, lo cierto es que certificado el diagnóstico de muerte encefálica se habilita de inmediato al equipo médico correspondiente para proceder a extraer órganos vitales para trasplante, acortando así la sobrevivencia del individuo en horas o en días, como lo reconocen y manifiestan los expertos

⁴ Alfonso Quiroz, citado por Hernán Silva Silva, Ob. cit., pp. 375, 376

citados en el informe presidencial ya analizado.

Tampoco podemos prescindir total y absolutamente de la posibilidad de un error en cuanto al diagnóstico que en su oportunidad otorgue el equipo médico respectivo, que certifique la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas basándose para ello en las pruebas o exámenes calificados que correspondan, y estos pueden, como más de alguna vez ha ocurrido, no ser absolutamente confiables y, además, por cuanto como seres humanos los médicos están expuestos a dar diagnósticos equivocados, y casos en este sentido son varios los que se pueden citar. Bastaría para ello mencionar el error en que incurrió un equipo médico al operar la cadera equivocada de un ministro de la Corte Suprema. Y ¿por qué exponer a una persona a que ante el evento de un diagnóstico quizá precipitado o erróneo se le prive de la posibilidad, aunque sea remota, de seguir viviendo?

En este mismo sentido, debemos tener en consideración el informe del Comité de Ética del Hospital Clínico de la Universidad de Chile, ya mencionado anteriormente, que en su parte pertinente expresa: "hay que señalar de partida que el electroencefalograma de por sí y por repetido que sea no permite hacer el diagnóstico de muerte encefálica. El único valor que tiene es señalar que si hay actividad eléctrica encefálica no se está en muerte encefálica; por el contrario, si está plano y este estado se mantiene en un examen repetido, idealmente, 24 horas después (algunos aceptan hasta un mínimo de 12 horas de intervalo entre los dos electroencefalogramas, lo que da una certeza menor), hay fuertes elementos de sospecha de muerte encefálica pero ninguna certeza al respecto"

En forma coincidente con lo anterior, se expresa en un informe sobre la materia: "quisiéramos agregar que el estado del cuerpo de la persona en muerte encefálica, que es la que interesa para el trasplante de órganos, bajo ningún concepto puede considerarse como un cadáver.

Subsiste un funcionamiento del organismo como un todo, pues persiste la nutrición de todas las células del organismo. Quien está en muerte encefálica, por lo tanto, no es un cadáver".

En primer término, en cuanto al problema planteado referente a la posible existencia de un derecho a la muerte propia, pareciera que sin muchas dudas deberíamos inclinarnos por la respuesta negativa, dado que el ordenamiento jurídico sanciona penalmente la cooperación al suicidio y de ello debemos colegir necesariamente que el presunto derecho a disponer de la propia vida carece de reconocimiento y amparo constitucional, de lo contrario estaría despenalizado el auxilio prestado a quien procura terminar con su existencia. De aceptarse que existe este derecho, quien adoptara esta determinación estaría actuando dentro del ámbito de su libertad, de su capacidad de autodeterminación, lo que en ningún caso podría acarrear un reproche penal como el que debe afrontar quien ayuda al suicida.

En este sentido es interesante tener presente lo sostenido por Andrés Ollero, en cuanto a que "dentro del voluntarismo individualista -derecho es todo aquello que puedo querer, porque nadie me lo ha prohibido. Resulta lógico plantear un derecho a la muerte. El individuo se limita a constatar, de una vez por todas, el ámbito de autodeterminación que la ley le ha fijado; en efecto, ninguna le ha prohibido dejarse morir." Quienes así piensan, sostienen que el derecho a la vida tiene una dimensión positiva que impide reducirlo a mera libertad negativa capaz de forzar la inhibición estatal, no sería un "derecho-deber", por lo que admitiría la posibilidad de un derecho a la muerte.

Para negar este presunto derecho a la muerte, sin perjuicio de tener presente lo ya dicho sobre la sanción penal del auxilio al suicidio, se ha planteado incluso la defensa del derecho a la vida contra la voluntad de su propio titular, convertido en agresor de sí mismo. Este problema ha sido planteado en relación a situaciones como las que se presentan frente a personas en

huelga de hambre, en cuyo caso se ha justificado una intervención protectora de este derecho a la vida por parte del Estado porque se estima que se trata de derechos que tienen un carácter de irrenunciable por ser un derecho humano básico y expresivo de bienes de tal importancia para el individuo como para imponer obligaciones no sólo a todos los demás, sino que incluso a él mismo. Frente a esta alegación, se plantea, sin duda, la apelación a la libre autodeterminación de quien se coloca en esa situación y que lo que debe garantizar el Estado sería el valor superior de la libertad en cuanto autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias.

En este sentido podemos mencionar como interesante el llamado "caso de los ayunantes" o del "párroco de San Roque", en que en definitiva, de acuerdo a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, se resolvió en el sentido de que ordenó poner de inmediato término a la huelga de hambre, se prohibió al párroco recurrido, sacerdote Gerald Wheelan, CSC., de la parroquia San Roque en Santiago, prestar colaboración para la continuación o reanudación de dicha acción, y se ordenó a la Asistencia Pública que siga prestando toda la atención necesaria en procura del restablecimiento de la salud de los ayunantes.

Don Eduardo Soto Kloss, comentando este caso ha señalado: "... el derecho a la vida se manifiesta -en este caso de autos- como el de conservación de la vida que se posee, proveyendo a la mantención de su integridad tanto corporal o física como síquica. Este derecho

a la conservación de la vida, más inherente e intrínseco de la naturaleza humana -se le llega a llamar "instinto" de conservación-, implica un doble deber para todo hombre, para todo ser humano, para toda persona: uno, el de no atentar en contra de esa integridad respecto de la vida ajena, y el otro el de no atentar en contra de esa integridad respecto de la vida propia, autodestruyéndose, v.gr. por medio del suicidio, sea este inmediato, directo, como ingerir veneno mortal, sea mediato como huelga de hambre y esta sine die.

Y ese deber de conservación de la propia vida implica asimismo el derecho de todo tercero, el derecho de otro y otros de impedir, interviniendo, o mejor, de intervenir impidiendo que se consume ese atentado contra la vida que de propia mano pretende efectuar el insensato que se autodestruye; el no impedir que se consume ese suicidio es una forma -por omisión- de colaborar al suicidio, así como prestarle albergue al ayunante, darle ánimos para que continúe en su autodestrucción o proveerle de estímulos para justificar su actitud es una directa acción de auxilio al suicidio, sancionada penalmente como delito por el ordenamiento punitivo si se produce la muerte (Art. 393 Código Penal).

El derecho a la vida en este aspecto de conservación de la que se tiene, y en este punto que tratamos, no es un derecho de dominio como el de propiedad que se tiene sobre una cosa; es un derecho que puedo oponer a todo el que me agrede injustamente y que me habilita a la legítima defensa propia, pero que implica también el derecho que tengo para defender la

integridad de la vida ajena, auxiliándola incluso con la legítima defensa ajena cuando es víctima de agresión injusta por parte de un tercero; esa legítima defensa ajena del derecho a la vida -conservación de ella- de aquel que pretende o intenta autodestruirse, es también un ejercicio legítimo del derecho que me otorga el ordenamiento para salvaguardar la vida ajena, y que aun cuando no me lo otorgare igual lo poseo por ley natural, pues del carácter de sociable arranca el hombre su sentido de solidaridad y de auxilio al que está en la necesidad, en el abandono o en peligro de muerte, aun a costa de la vida propia.⁵

Agrega, luego, que en dicho caso, si bien se invocó la acción de protección del derecho a la vida "a nombre" de los ayunantes "verdaderos titulares del derecho a la vida y para protegérselas a ellos mismos de su propia actitud al exponerse imprudentemente a la muerte y, por lo tanto, los recurrentes aparecen como plenamente legitimados procesalmente para obrar, lo cierto es que igualmente poseían los recurrentes la titularidad de la acción, esto es legitimación activa, si hubiesen actuado a nombre propio, pues eran asimismo titulares del derecho que tienen para impedir todo atentado que se pretenda consumir en contra de la vida ajena y de su integridad, derecho que les nace no sólo del Art. 19 N° 1 de la Constitución , que asegura la inviolabilidad de toda vida humana, incluso de la del que está por nacer, sino también y primeramente de la ley natural, de la ley de la propia naturaleza humana, ya que si bien nadie puede atentar contra la vida nuestra no significa ello que alguien pueda disponer de la suya destruyéndola, y el hombre sólo tiene el deber de impedir esa autodestrucción que un prójimo intenta consumir sino también el derecho de actuar en tal sentido.

En esas situaciones, de ayunantes declarados en huelga de hambre, la asistencia médica obligatoria se justifica con miras a la preservación de bienes como lo es la vida humana que

⁵ Ver Artículo 393 del Código Penal Chileno

tiene una dimensión superior dentro del ordenamiento jurídico y es el supuesto fundamental sobre el que descansan los demás derechos del ser humano, que sin la vida no tendrán razón de ser ni existencia posible. Por ello es que a estos sujetos y sus discutidos derechos se les contraponen objetos tan valiosos o valores de tal relevancia como para justificar los límites de su libertad, y concordante con dicha situación Ollero afirma que "derechos subjetivos y valores objetivos parecen abrir un poco pacífico dilema, al actuar los segundos no como fundamento sino como freno de los primeros".

En definitiva el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide, configurado como un derecho de libertad, que incluya el derecho a la propia muerte, por lo que, debemos concluir que no parece posible admitir como conclusión que la Constitución otorgue protección y garantía al derecho a la propia muerte.

Desde este punto de vista no nos es dable sostener que el Estado pudiese admitir, aunque sea mediante una actitud meramente pasiva, el suicidio de algunas personas, cualesquiera que sean las razones esgrimidas y específicamente cuando se trata de huelguistas de hambre que, con su actitud, pretender obligar a las autoridades a adoptar determinadas decisiones que ellos reivindican. Así, no puede calificarse de "tortura" o trato "inhumano o degradante" la autorización para una intervención médica que no persigue en verdad procurar padecimientos físicos o psíquicos sino que a evitar en lo posible un fatal desenlace debido a la voluntaria decisión de los huelguistas de privarse de todo alimento. O sea, la alimentación forzosa, en esta situación, no podríamos estimarla como "tortura" o trato inhumano o degradante, como lo establecen los Tratados Internacionales que prohíben este atentado contra de la dignidad y vida de la persona.

Distinta sería la situación, y este es el aspecto que nos interesa para vincularlo al tema de los

trasplantes, de una persona que sin estar en la situación planteada, como en el caso de los ayunantes, es capaz de decidir por sí misma sin pretender ejercer ninguna presión a autoridad alguna. Es el caso de quien, por sí solo, decida dejar de vivir y lo hace pasiva y pacíficamente negándose a alimentarse. En dicho evento, no cabe duda alguna que el derecho constitucional de que es titular esa persona, consistente en el respeto a su integridad física y psíquica, resultará limitado si se le imponen forzosamente tratamientos o asistencia médica que no son aceptados y, al contrario, son rechazados. Evidentemente que tal conclusión es sin perjuicio de la penalidad que tiene en nuestra legislación el auxilio al suicidio si es que la conducta de quienes lo rodean se encuadra en dicha figura delictiva, en caso de fallecimiento.

Como quiera que sea, no debemos olvidar que no hay derechos ilimitados, los que habrían tenido tal carácter en el "estado de naturaleza" previo al contrato social. El hombre como ser sociable por naturaleza, nos lleva necesariamente a la conclusión de que toda relación lleva implícito el reconocimiento de los demás como iguales y, en consecuencia, la necesidad de aceptarlo como medida del propio actuar. Por ello, Ollero sostiene que "como consecuencia, todo derecho -incluidos los "derechos naturales"- llevan consigo un sentido de la medida; la desmesura sería, por definición, antijurídica".

"Ninguna pretensión desmesurada es derecho; no hay pues, ni hubo derechos ilimitados. Para el voluntarismo individualista no lo será, desde luego, el derecho a la vida, pero tampoco verá reconocer tal alcance a la libre autodeterminación personal. Nos encontraremos siempre ante un entrecruce de libertades, capaces de las más variadas manifestaciones. Habrá que ajustar pretensiones contrapuestas, ponderando facultades y deberes, hasta contribuir a delimitar en el caso concreto el alcance de los derechos en juego. De ahí que -asuma o no un explícito protagonismo- la libre autodeterminación personal sea siempre el motor principal de este juego coexistencial".

¿Derecho a la "muerte ajena"?

Habiendo ya concluido sobre la inexistencia de un derecho a la muerte propia, no parecería tan claro y categórico sostener que se ha cerrado totalmente el paso a manifestaciones de la voluntad capaces de disponer de la vida de otro, lo que podría llevarnos a la pregunta: ¿con ello se podría llegar a configurar en la práctica un derecho a la muerte ajena?

Este planteamiento nos conduce a temas como la liberalización del aborto y el problema de la eutanasia, tema este último al cual hemos ya hecho una sucinta referencia, pero prescindiremos de la primera cuestión por no haberla considerado dentro de las que nos preocuparán en este trabajo, no por su importancia, que evidentemente la tiene, sino que en aras de la brevedad.

El problema se presenta frente a la determinación de saber con precisión cuándo termina la vida humana, porque según hemos visto anteriormente es perfectamente posible sostener que, a pesar de los evidentes avances científicos, no está aún suficientemente consolidada la fijación precisa del momento en que la vida humana termina, aun tratándose de la muerte cerebral o encefálica. No cabe ninguna duda, conforme a los criterios señalados tanto en las observaciones presentadas por el Presidente de la República ante el Tribunal Constitucional con motivo del requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de ley sobre trasplantes, como en el fallo del tribunal, que el momento de la muerte, aunque se estime que es la constatación de un hecho único, unívoco e inequívoco, es producto de la decisión adoptada por un equipo médico que determina si una persona ha muerto o no, decisión que como todo acto humano está, en alguna medida, sujeta a la eventualidad de un error. Aquí se pueden dar diversas situaciones que no necesariamente llevan consigo una responsabilidad penal de quien las ejecuta, por ejemplo: en este sentido podemos mencionar el "encarnizamiento

terapéutico" producto de la prolongación artificial de una vida humana mediante el recurso de emplear medios médicamente desproporcionados, que de conducir a la muerte del individuo no nos permitiría en ningún caso asimilar esta situación a un caso de eutanasia; tampoco sería penalmente reprochable la conducta del médico que interrumpe o deja de aplicar procedimientos terapéuticos tendentes a retrasar arbitrariamente el momento de la muerte; y en la misma situación de impunidad queda la conducta del médico que aplica procedimientos analgésicos, en casos extremos de sufrimiento y dolor, que eventualmente pueden ser causa de un acortamiento de la vida del paciente.

En la mayoría de las situaciones que en la realidad se presentan a diario en los establecimientos hospitalarios en que, como se reconoce en el propio informe del Presidente, ya analizado, se procede a desconectar los equipos que mantienen con vida a determinadas personas, se está en verdad y de cierto modo disponiendo de una vida ajena, pues es obvio e indiscutible de que de una u otra forma se está reduciendo la vida de ese paciente. En este sentido se lee en las observaciones del Presidente al requerimiento presentado respecto del proyecto de ley sobre trasplantes, lo siguiente: ..."en consecuencia, la aceptación del criterio sustentado por los requirentes vendría a trastocar radicalmente la práctica de los médicos chilenos; transformaría a estos últimos súbitamente en homicidas y propagaría un pánico e incertidumbre total entre pacientes, familiares y equipos médicos"...ya que estos se verían "en la obligación de mantener los procedimientos terapéuticos respecto de aquellas personas declaradas muertas por cese de sus funciones encefálicas", y la defensa del derecho a la vida "se vería severamente amenazada, ya no sólo por la imposibilidad práctica de efectuar trasplantes con fines terapéuticos, sino porque los escasos equipos de las unidades de cuidados intensivos tendrían que mantenerse conectados a personas en muerte encefálica, pero "vivas" para los requirentes, impidiendo la utilización de ellos por parte de quienes sí

tienen la posibilidad de mantener la vida si son asistidos por tales medios".

Lo anterior nos demuestra que no es en ningún caso una utopía sostener que en muchas ocasiones, cotidianamente, se están adoptando "decisiones" por médicos o equipos médicos para proceder a desconectar equipos que mantienen funcionando algunos órganos vitales de una persona, y que, una vez desconectada la máquina, irremediablemente dicho organismo dejará de realizar las funciones que desarrollaba ayudado por el aparato.

Es evidente que, por muy precisa que sea la definición de muerte que da la ley de trasplantes, se mantiene el riesgo -inevitable al parecer- de que, ante la urgencia de obtener un órgano para trasplante y la escasez de estos, según todos reconocen, se pudiera vulnerar el derecho a la vida, apresurando indebidamente el diagnóstico de muerte encefálica, el que debe ser lo más "precoz posible" para el éxito del trasplante. Es por ello que planteamos, frente a las normas de la ley en estudio, la inquietud sobre estos temas que nos conducen a formularnos interrogantes tan cruciales como la ya enunciada, sobre la eventualidad que en algunos casos estemos frente a la disposición por parte de alguien respecto de la vida de otra persona, o quizá solamente se trate de la disposición del cuerpo -¿o cadáver?- de otro.

Conclusión

El trasplante de órganos es una acción terapéutica actualmente válida, que bajo los resguardos mencionados en el análisis anterior, y que actualmente la ley Chilena ofrece, se convierte en una verdadera “Donación de Órganos”. El paternalismo de la ciencia y particularmente de la medicina cada día se extingue más. El concepto de que “lo científico y técnicamente correcto no puede ser malo” cada día está más obsoleto. La ciencia está al servicio de la sociedad, esta no tiene que forzar a las personas a incorporar conceptos que de por sí no parecen lógicos. Como mencionamos en el apartado referente a la muerte, la definición de muerte fue, es y será siempre el mismo; podemos variar los criterios para considerar a una persona muerta, pero no podemos mezclar y confundir los criterios con la definición. Ante esto consideramos erróneo pensar que una persona con “muerte encefálica” está muerta. Sin duda una persona que entra en este estado no tiene ningún futuro, por

ahora, por lo que pensamos que es más apropiado llamar a este estado “punto de no retorno”. Hemos de esperar, que este estado en el que se encuentre esa persona variará en la medida que progrese la ciencia, solo es cosa de pensar en lo prometedor que parece ser la terapia con células troncales.

La estrategia de aumentar el número de donantes efectivos no puede depender exclusivamente de cambios a ley regente del país. Bueno es el ejemplo que nos ha dado el modelo español quienes han desarrollado sistemas de coordinación nacional y hospitalario, preparando y formando un equipo de coordinadores hospitalarios preparados técnicamente y éticamente, junto a programas de sensibilización que realizan en la sociedad, colegios, institutos, mediante la prensa, etc. Siguiendo ese ejemplo falta desarrollar en Chile estrategias educativas que promuevan la donación de órganos, así como preparar al personal médico y sanitario en el trabajo que implica comunicar a la familia de la persona en “punto de no retorno” la opción válida, altruista y de beneficencia que implica la donación de órganos.

En relación con el derecho a la vida e integridad de la persona, nos hemos preocupado de referirnos al fin de la existencia humana, y algunas consideraciones de este tema con el de los trasplantes de órganos, esto último, como se dijo y quedó establecido al principio, analizado desde la perspectiva del individuo a quien se le extraen órganos, y a este respecto podemos, en términos generales concluir que con dicha garantía se protege la vida desde el inicio de la existencia humana hasta la muerte. Incluso, podemos perfectamente sostener que la protección y respeto sobre la persona y su existencia trasciende hasta más allá de la muerte, cuando se es ya cadáver. No sólo la persona es digna mientras vive, sino que también es merecedor de respeto su cuerpo, aun después de muerto. El cuerpo no es una especie o bien material solamente, del cual se pueda disponer arbitrariamente.

Por ello, no estamos de acuerdo con determinaciones que afecten el cuerpo de la persona

después de fallecida, o declarada "en estado de muerte" para los efectos de la ley de trasplante de órganos, y que permitan su desmembramiento con el propósito, muy loable sin duda, de aprovechar esas partes u órganos con fines terapéuticos. Lo anterior, salvo que el propio sujeto titular del derecho autorice expresamente en vida que le sean extraídos órganos o partes de su cuerpo con fines de trasplante, y que dicha autorización la mantenga, permitiéndosele la retractación en cualquier momento y por cualquier medio exento de toda formalidad, incluso verbalmente. La persona debe ser respetada en cuanto a sus decisiones que adopte libremente, ya que ello es parte de su autonomía como tal y de su libertad.

Hemos destacado que nuestra preocupación fundamental recae sobre la situación de disposición del cuerpo cuando dicha determinación no la adopta libre y expresamente el individuo, sino que corresponde a decisiones de terceros. En este sentido manifestamos la discrepancia con la amplitud de las normas de la ley, en cuanto permiten sin mayor problema que puedan terceras personas disponer del cuerpo y quizá, en cierto modo de la sobrevivencia de una persona, con el propósito que le sean extraídos sus órganos. Decimos que con ello se posibilita que sea afectada la vida o sobrevivencia de una persona, porque, se ha visto en este trabajo, es esencial para el éxito de un trasplante que la muerte de "donante" sea declarada lo más precozmente posible, para que sus órganos se extraigan cuando aún estén vivos y funcionando, pues de otro modo no son "aptos" para trasplante. Pero mantenemos la interrogante ¿qué tan "precoz" puede ser la certificación de la muerte encefálica sin que con ello no se esté "acortando" la existencia de una persona? En realidad, quedan dudas legítimas en cuanto a si emanan de la ley suficientes garantías de respeto a la vida y a la dignidad e integridad de la persona.

Por ello, pensamos que no deben ser de tanta amplitud las normas legales que permitan adoptar decisiones sobre la vida de terceros. Ellas deben necesariamente ser lo más

restrictivas posibles en este sentido, puesto que se trata de la vida, de la persona y su dignidad lo que está en juego, y al legislador le está prohibido, al regular una garantía constitucional, hacerlo de tal manera que con ello pudiere afectarse en su esencia el derecho asegurado (artículo 19 N° 26 de la Constitución Política).

Hay situaciones de mucha importancia no regulados por la ley y que se dejan para ser normados por una instancia reglamentaria, como por ejemplo, por citar sólo algunos, las "formalidades" que deben tener en consideración para que una persona que otorgó una autorización para la extracción de órganos, pueda luego retractarse libremente de esa decisión si se arrepiente con posterioridad. Además la ley no define qué se entiende por parientes "presentes", que nos parece un término muy impreciso que debió haber sido aclarado en la propia ley. Lo anterior es importante, hasta tal punto que las normas legales permiten a un cuerpo denominado "parientes presentes" adoptar por decisión "mayoritaria" la determinación de transformar a una persona prácticamente desahuciada en eventual "donante" de órganos para trasplante, pudiendo entonces a su respecto regir las normas de la ley respectiva y declararlo en "estado de muerte" para posteriormente utilizar sus órganos.

Por otra parte, la ley permite que esta decisión la adopten en algunos casos parientes no muy cercanos, como que pueden incluso dar la autorización los consanguíneos en la línea colateral hasta el tercer grado inclusive.

Pero ¿quien resuelve la cuestión de si efectivamente los que consienten en la donación de órganos constituyen o no tal mayoría y tienen el parentesco exigido por la ley? Hay algunos de estos aspectos que serán aclarados por el reglamento, en atención a lo que establece el artículo 9 inciso 6° de la ley (señala que la autorización se dará suscribiendo un acta ante un ministro de fe, director del hospital por lo general, "cumpliéndose las demás formalidades que

se contemplen en el reglamento"). Cabe la interrogante de si el ministro de fe ejercerá funciones jurisdiccionales para resolver las cuestiones que se pudieren suscitar respecto a la concurrencia o no de la mayoría favorable a la extracción de órganos y si tal mayoría está conformada por personas que tienen la relación de parentesco exigida.

Más bien esperamos que con este trabajo podamos haber colaborado con algunos aportes al estudio de temas tan trascendentales para el ser humano como lo son los planteados, especialmente si tenemos en consideración que en ellos estamos involucrando el bien más preciado: la vida, en toda su dimensión y que ella sea siempre respetada y se garantice a todos no sólo "vivirla" dignamente, sino que también se nos asegure que ella pueda también "perderse" dignamente.

Definiciones conceptuales:

Donación de órganos : Procedimiento por el cual se implanta un órgano o tejido procedente de un donante a un receptor. Existen dos grandes grupos: los trasplantes de órganos (riñón, hígado, pulmones, páncreas, córnea, corazón, hueso, tubo digestivo, etc.) y los de tejidos (médula ósea, células endocrinas). Mientras que los primeros precisan de intervenciones

quirúrgicas complejas, procediéndose a los empalmes vasculares y de conductos excretores entre otras estructuras, en los de tejidos el procedimiento es simple, inyectándose las células suspendidas (en el de médula ósea se inyectan en el torrente sanguíneo) y dejando que éstas implanten en sus lugares de destino.

Altruismo: De acuerdo a la Real Academia Española, el altruismo proviene del francés "altruisme" y designa la [1. m.] Diligencia en procurar el bien ajeno aun a costa del propio. El término altruismo se refiere a la conducta humana y es definido como la preocupación o atención desinteresada por el otro o los otros, al contrario del egoísmo. Suelen existir diferentes puntos de vista sobre el significado y alcance del altruismo.

El altruismo se refiere a la solidaridad interpersonal.

Derecho a la Vida: Es el derecho fundamental que tiene todo ser humano a que se respete su existencia, que solo debería poder perderse por causas naturales o accidentales.

Es el más importante de los derechos y precede a todos, ya que sin vida no puede gozarse de ninguna otra facultad. Es un derecho natural que el derecho positivo debería reconocer siempre, pero no ocurre así en la práctica.

Muerte: Se define como la abolición irreversible o permanente de las funciones vitales del organismo. Y para sus fines prácticos se divide en:

Cerebral: Es el resultado de la interrupción total del riego sanguíneo.

Violenta: Esta se presenta secundaria a una causa externa. Como puede ser a causa de herida por proyectil de arma de fuego, lesiones por arma blanca o bien accidente automovilístico, etc.

En este apartado es conveniente desde el punto de vista legal clasificar la causa de la muerte violenta en homicida, suicida o accidental.

Súbita: Se presenta en individuos con un estado aparente de salud, también se le conoce como muerte de cuna. Esta puede estar dada por un infarto masivo del miocardio o por un reflejo vagal.

Real: Es secundaria a una patología en fase terminal.

Aparente: O mejor conocida como catatonia, es un episodio psicótico, en el que el paciente aparenta estar muerto.

Anteriormente se le conocía como catalepsia y para los fines médico legales no tiene validez, ya que compete a la psiquiatría.

Aunque desde el punto de vista legal, la muerte aparente puede tener repercusiones en el médico, ya que si este certifica una defunción en un caso como este.

Autodeterminación: Se conoce como autodeterminación a la autonomía o independencia de una persona, un grupo, una comunidad o una nación. Al tener autodeterminación, se tiene la capacidad o facultad para tomar determinaciones por cuenta propia, sin tener que pedir permiso o rendir cuentas. Por eso, el derecho de autodeterminación es el derecho de un pueblo a escoger su forma de gobierno y estructurarse libremente, sin injerencias externas.

Dignidad: La dignidad, o «cualidad de digno» (del latín : dignitas, y que se traduce por

«valioso»), hace referencia al valor inherente al ser humano en cuanto ser racional, dotado de libertad y poder creador, pues las personas pueden modelar y mejorar sus vidas mediante la toma de decisiones y el ejercicio de su libertad.

Bibliografía.

1. Universidad de Chile. Dr. Hugo Álvarez [www.scielo.cl]. Servicio de cirugía Hospital San Juan de Dios, Santiago, Chile. Revista chilena de cirugía. Link disponible en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-40262007000300013&script=sci_arttext

2. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile-BCN.Link disponible en:

<http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/donacion-de-organos>

3. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile-BCN. Establece normas sobre trasplante y donación de órganos. Ley 19.451. Link disponible en:

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30818>

4. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile-BCN. Modifica la ley 19.451 con el fin de determinar quienes pueden ser considerados donantes de órganos y la forma en que pueden manifestar su voluntad. Link disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010132>
5. Instituto de Salud Pública. Lista de espera para trasplante de órganos. Santiago, Chile. Link disponible en: http://www.ispch.cl/lab_sal/doc/LISTA_ESPERA.pdf
6. Donación de órganos: análisis ético de la situación chilena. Luis Contreras A. Rev Medicina y Humanidades, vol III, N 1-2,2011. Link disponible en: http://www.medicinayhumanidades.cl/ediciones/n1_22011/09_DONACION_ORGANOS.pdf
7. Trasplante renal en Chile: historia del primer trasplante. Sergio Thambo B. Sección Nefrología, Hospital Clínico Universidad de Chile. Revista Hospital Clínico Universidad de Chile, 2007, 18, 295-8. Link disponible en: http://www.redclinica.cl/HospitalClinicoWebNeo/Controls/Neochannels/Neo_CH6258/deploy/traspl_renal_chile.pdf
- 8 Página web de la Corporación de Trasplante en Chile: <http://www.trasplante.cl>