

Oficio N° 133

INFORME PROYECTO LEY 39-2009

Antecedente: Boletín N° 4999-11

Santiago, 10 de junio de 2009

Por Oficio N° 448/S-2009, de 20 de mayo de 2009, el señor Presidente de la Comisión de Salud del H. Senado, requirió de esta Corte, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, informe respecto del proyecto de ley -iniciado en moción- que modifica la Ley N° 19.451, con el fin de determinar quienes pueden ser considerados donantes de órganos y la forma en que pueden manifestar su voluntad (Boletín 4999-11).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto, en sesión del día 5 de junio del presente, presidida por su titular don Urbano Marín Vallejo y con la asistencia de los Ministros señores, Milton Juica Arancibia, Nibaldo Segura Peña, Adalis Oyarzún Miranda, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros Cárcamo, Hugo Dolmestch Urra, Juan Araya Elizalde, Pedro Pierry Arrau, señora Sonia Araneda Briones, señores Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz, Guillermo Silva Gundelach y el Ministro suplente señor Julio Torres Allú, acordó informarlo favorablemente, formulando las siguientes observaciones:

**AL SENADOR DON  
MARIANO RUIZ-ESQUIDE JARA  
PRESIDENTE  
COMISIÓN DE SALUD  
H. SENADO  
VALPARAISO**

## I. Antecedentes

El proyecto ingresó a primer trámite constitucional al H. Senado el 18 de abril de 2007. Su objetivo es “*plantear alternativas legislativas que constituyan un real incentivo y fomento de la donación de órganos*”.

Se consulta a este máximo Tribunal por la disposición contenida en el numeral 11 del artículo único de la iniciativa legal, aprobada en particular por la Comisión de Salud del H. Senado, que sustituye el artículo 12 de la Ley N° 19.451.

Debe señalarse que, por primera vez, el proyecto fue informado por esta Corte el 23 de marzo de 2009, mediante Oficio N° 48, oportunidad en la que se analizaron sus antecedentes y contenido. La iniciativa legal proponía sustituir el artículo 12 de la ley N° 19.451 referido, de la siguiente manera:

<b>Texto actual</b>	<b>Texto sugerido anteriormente</b>
<i>Artículo 12°.- Cuando una persona hubiere fallecido en alguno de los casos indicados en el artículo 121 del Código de Procedimiento Penal, o cuando su muerte hubiere dado lugar a un proceso penal, será necesaria la autorización del Director del Servicio Médico Legal o del médico en quien éste haya delegado esta atribución, para destinar el cadáver a las finalidades previstas en esta ley, además del cumplimiento de los otros requisitos. En aquellos casos en que el Servicio Médico Legal no tenga la infraestructura material o de personal para otorgar la autorización, o ésta sea necesaria y requerida fuera de su horario normal de funcionamiento, la delegación recaerá en el director de un hospital del Servicio de Salud en cuyo territorio jurisdiccional se produjere la muerte del potencial donante.</i>	<i>Artículo 12°.- Tratándose de los casos previstos en los artículos 199 y 201 del Código Procesal Penal, o cuando su muerte hubiere dado lugar a un proceso penal, será necesaria la autorización del Fiscal, o en su caso del Juez de Garantía, conforme lo dispone los artículos 187 y siguientes del Código Procesal Penal, para destinar el cadáver a las finalidades previstas en esta ley, además del cumplimiento de los demás requisitos.”.</i>

En dicha oportunidad, esta Corte informó favorablemente el proyecto de ley propuesto, pues se encontraba acorde con el

nuevo sistema de enjuiciamiento criminal que comenzó a regir el año 2000 en el país, pero sugirió precisar en qué casos procede la autorización del Ministerio Público y en qué casos la del Juez de Garantía para destinar los cadáveres con las finalidades que previene la ley N° 19.451.

## II. Contenido del proyecto

En atención a lo anterior, la Comisión de Salud del H. Senado, aprobó en particular la sustitución del referido artículo 12 de la ley en análisis, cuyo tenor es el siguiente:

Texto sugerido anteriormente	Texto aprobado por la Comisión
<i>Artículo 12°.- Tratándose de los casos previstos en los artículos 199 y 201 del Código Procesal Penal, o cuando su muerte hubiere dado lugar a un proceso penal, será necesaria la autorización del Fiscal, o en su caso del Juez de Garantía, conforme lo dispone los artículos 187 y siguientes del Código Procesal Penal, para destinar el cadáver a las finalidades previstas en esta ley, además del cumplimiento de los demás requisitos.”</i>	<i>Artículo 12°.- Tratándose de los casos previstos en los artículos 199 y 201 del Código Procesal Penal, o cuando su muerte hubiere dado lugar a un proceso penal, <b>será necesaria la autorización del Fiscal</b>, conforme lo dispone los artículos 187 y siguientes del Código Procesal Penal, para destinar el cadáver a las finalidades previstas en esta ley, además del cumplimiento de los demás requisitos. <b>De la decisión del fiscal podrá reclamarse ante el juez de garantía.”</b></i>

El artículo propuesto se refiere a la autorización que debe otorgar el fiscal para destinar los cadáveres a las finalidades previstas en la Ley N° 19.451, en los siguientes casos:

a) Delitos en que fuere necesaria la realización de exámenes médicos para la determinación del hecho punible, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 199 Código Procesal Penal, cuyo tenor es el siguiente:

*“Artículo 199. Exámenes médicos y autopsias. En los delitos en que fuere necesaria la realización de exámenes médicos para la determinación del hecho punible, el fiscal podrá ordenar que éstos sean*

*llevados a efecto por el Servicio Médico Legal o por cualquier otro servicio médico.*

*Las autopsias que el fiscal dispusiere realizar como parte de la investigación de un hecho punible serán practicadas en las dependencias del Servicio Médico Legal, por el legista correspondiente; donde no lo hubiere, el fiscal designará el médico encargado y el lugar en que la autopsia debiere ser llevada a efecto.*

*Para los efectos de su investigación, el fiscal podrá utilizar los exámenes practicados con anterioridad a su intervención, si le parecieren confiables”.*

b) Cuando hubiere motivo para sospechar que la muerte de una persona fuere el resultado de un hecho punible, conforme al artículo 201 del Código Procesal Penal, que establece:

*“Artículo 201. Hallazgo de un cadáver. Cuando hubiere motivo para sospechar que la muerte de una persona fuere el resultado de un hecho punible, el fiscal procederá, antes de la inhumación del cadáver o inmediatamente después de su exhumación, a practicar el reconocimiento e identificación del difunto y a ordenar la autopsia.*

*El cadáver podrá entregarse a los parientes del difunto o a quienes invocaren título o motivo suficiente, previa autorización del fiscal, tan pronto la autopsia se hubiere practicado.”.*

c) Cuando la muerte de una persona hubiere dado lugar a un proceso penal.

En estos casos se establece que la autorización del Fiscal debe otorgarse de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 187 y siguientes del Código Procesal Penal.

El artículo 187 se refiere a los objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido, o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, los que de él provinieren o los que pudieren servir como medios de prueba.

Por su parte, el artículo 188 establece que las especies recogidas durante la investigación serán conservadas bajo la custodia del Ministerio Público, quien deberá tomar las medidas necesarias para evitar que se alteren de cualquier forma. Su inciso segundo contempla la intervención del Juez de Garantía. El artículo en comento reza de la siguiente manera:

*“Artículo 188.- Conservación de las especies. Las especies recogidas durante la investigación serán conservadas bajo la custodia del ministerio público, quien deberá tomar las medidas necesarias para evitar que se alteren de cualquier forma.*

*Podrá reclamarse ante el juez de garantía por la inobservancia de las disposiciones antes señaladas, a fin que adopte las medidas necesarias para la debida preservación e integridad de las especies recogidas.*

*Los intervinientes tendrán acceso a esas especies, con el fin de reconocerlas o realizar alguna pericia, siempre que fueren autorizados por el ministerio público o, en su caso, por el juez de garantía. El ministerio público llevará un registro especial en el que conste la identificación de las personas que fueren autorizadas para reconocerlas o manipularlas, dejándose copia, en su caso, de la correspondiente autorización.”.*

Finalmente, ha de tenerse presente lo dispuesto por el artículo 189 del Código Procesal Punitivo, que señala lo siguiente:

*“Artículo 189.- Reclamaciones o tercerías. Las reclamaciones o tercerías que los intervinientes o terceros entablaren durante la investigación con el fin de obtener la restitución de objetos recogidos o incautados se tramitarán ante el juez de garantía. La resolución que recayere en el artículo así tramitado se limitará a declarar el derecho del reclamante sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de éstos sino hasta después de concluido el procedimiento, a menos que el tribunal considerare innecesaria su conservación.*

*Lo dispuesto en el inciso precedente no se extenderá a las cosas hurtadas, robadas o estafadas, las cuales se entregarán al dueño o legítimo tenedor en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio o tenencia por cualquier medio y establecido su valor.*

*En todo caso, se dejará constancia mediante fotografías u otros medios que resultaren convenientes de las especies restituidas o devueltas en virtud de este artículo.”.*

### III. Conclusiones

Como puede advertirse, tomando en consideración la precisión sugerida por esta Corte, el proyecto ha precisado que la autorización para destinar el cadáver a las finalidades de la ley N° 19.451 le corresponde sólo al fiscal.

Sin embargo, la modificación propuesta por la Comisión de Salud del H. Senado agrega una nueva frase que dice relación con la reclamación de la decisión del fiscal. En efecto, toda autorización efectuada por el fiscal con el fin de proceder a la donación de órganos, podrá ser reclamada ante el juez de garantía. Sobre el particular, debe repararse en lo siguiente:

1.- Legitimidad para reclamar de la decisión fiscal. Como puede notarse, la innovación que efectúa la referida Comisión de Salud no indica quiénes se encuentran legitimados para reclamar de esta decisión, situación que debe aclarar, teniendo presente garantías fundamentales como la del debido proceso y de igualdad ante la ley, y principios básicos de nuestro Código Procesal Penal, como el de autorización judicial previa, contemplado en el artículo 9° de dicho ordenamiento.

Para una mayor claridad y concordancia, sería aconsejable hacer referencia al inciso segundo artículo 108 del Código Procesal Penal (que dice relación con los facultados para intervenir en el proceso penal); al artículo 10 de la Ley 19.451 (que señala expresamente quiénes pueden dar autorización para la donación de órganos de personas que no expresaron su voluntad en vida) y; al artículo 18 del Reglamento de la citada ley, que establece normas sobre transplantes y donación de órganos.

A continuación se señalan las normas cuya referencia se sugieren:

<b>Art. 108 Código Procesal Penal</b>	<b>Art. 10 Ley 19.451</b>	<b>Art. 18 Reglamento</b>
<p>Artículo 108.- <i>Concepto. Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito.</i>  <i>En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:</i>  <i>a) al cónyuge y a los hijos;</i>  <i>b) a los ascendientes;</i>  <i>c) al conviviente;</i>  <i>d) a los hermanos, y</i>  <i>e) al adoptado o adoptante.</i>  <i>Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.</i></p>	<p>Artículo 10.- <i>Se podrá efectuar trasplante de órganos de personas en estado de muerte que, en vida, no hayan expresado su autorización para ello en los términos de esta ley, así como de las personas menores de edad o legalmente incapaces, siempre que ello sea autorizado por su cónyuge o, en subsidio, por su representante legal. A falta de ambos, la autorización deberá otorgarse por la mayoría de los parientes consanguíneos presentes de grado más próximo en la línea recta o, de no haberlos, por la mayoría de los parientes consanguíneos presentes de grado más próximo en la línea colateral, estos últimos, hasta el tercer grado inclusive.</i>  <i>La autorización a que se refiere el inciso anterior, se otorgará mediante la suscripción de un acta extendida en los mismos términos indicados en el inciso sexto del artículo precedente, debiendo, además, limitarse específicamente a aquellos órganos útiles para un trasplante, según la lista de prioridades que establezca el Ministerio de Salud.</i></p>	<p>Artículo 18.- <i>Sin perjuicio de lo expuesto en los artículos anteriores, podrá efectuarse el trasplante de órganos de personas que en vida no manifestaron su voluntad para ello en alguna de las formas previstas, siempre que ello sea autorizado por su cónyuge o, en subsidio, por su representante legal y a falta de ambos por la mayoría de los parientes consanguíneos presentes de grado más próximo en la línea colateral, estos últimos hasta el tercer grado inclusive.</i>  <i>Respecto de las personas menores de edad e incapaces legalmente, se procederá solicitando la autorización correspondiente en la misma forma señalada.</i></p>

2.- Plazo para reclamar de la decisión fiscal. Tan importante como la advertencia anterior, lo constituye el tener conocimiento preciso del plazo que tiene todo afectado por la decisión fiscal para reclamar ante el juez de garantía. Sin embargo, el proyecto no señala cuál es el término correspondiente.

3.- Otras referencias. Para una mayor claridad y concordancia, se estima aconsejable que se agregue al texto del artículo 12 sugerido, que en lo que respecta a dicha reclamación deberá observarse lo dispuesto en los artículos 188 y 189 del Código Procesal Penal.

De esta manera, si bien es cierto que el proyecto ha precisado que la autorización para destinar el cadáver a las finalidades de la ley N° 19.451 le corresponde sólo al fiscal; no lo es menos, que la incorporación de la frase final -relativa a la reclamación de dicha decisión- de la forma como se encuentra redactada, requiere las precisiones y concordancias pertinentes a las que ya se hizo referencia.

Con todo, se estima del caso informar favorablemente el proyecto de ley consultado, haciendo presente las observaciones y sugerencias anotadas.

Lo anterior es todo cuanto puedo informar en relación con la presente iniciativa de ley.

Saluda atentamente a V.S.

Urbano Marín Vallejo  
Presidente

Carola Herrera Brümmer  
Secretaria Subrogante