

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL DERECHO DE LOS MENORES
DE EDAD PARA RECIBIR DONACIÓN DE ÓRGANOS**

JORGE MARIO LÓPEZ CHINCHILLA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2006

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL DERECHO DE LOS MENORES
DE EDAD PARA RECIBIR DONACIÓN DE ÓRGANOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Por

JORGE MARIO LÓPEZ CHINCHILLA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADOY NOTARIO

Guatemala, octubre de 2006

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Rafael Morales Solares
Secretario: Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón
Vocal: Lic. Jaime Ernesto Hernández Zamora

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Marco Tulio Melini Minera
Secretario: Lic. Guillermo Díaz Rivera
Vocal: Licda. Benicia Contreras Calderón

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser supremo que me ha dado la vida y sabiduría en mis estudios.
- A MI PATRIA:** Guatemala.
- A MI ESPOSA:** **Silvia Verónica Morales Aragón de López**, por su apoyo incondicional e irrestricto en cada uno de los proyectos que he emprendido.
- A MIS HIJOS:** **Jorge Alberto, Silvia María y Braulio Alejandro**, fuente de energía para la realización de cada uno de mis actos y que la culminación de mi carrera sea para ellos un ejemplo.
- A MIS PADRES:** **Braulio Ruperto López Ramírez (Q.E.P.D.) y María Victoria Chinchilla Ardón de López (Q.E.P.D.)**, quienes con su amor y dedicación, estimularon el afán de superación que hoy veo realizado, siendo mi triunfo un justo y merecido galardón para ellos.
- A MIS HERMANOS:** agradecido por su cariño, consejos y valiosa colaboración.

A LOS

PROFESIONALES: Juan Antonio Aceituno López, Marta Lisseth García Penagos, Evelin García Penagos, Mario René López Morán, Mario Rolando Gutiérrez Velásquez, Bonerge Amílcar Mejía Orellana, Ramiro López Pineda, Mario Ovidio García Ovalle, por su decidido e incondicional apoyo.

A: LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, ALMA MÁTER FORJADORA DE HOMBRES DE CIENCIA, FUTURO DE NUESTRA AMADA GUATEMALA, EN ESPECIAL A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Por la formación académica que en ella obtuve.

ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. La patria potestad y la tutela.....	1
1.1. Definición de patria potestad.....	1
1.1.1. Antecedentes de la patria potestad.....	1
1.1.2. Estudio jurídico doctrinario.....	5
1.1.3. Caracteres de la patria potestad.....	9
1.2. Antecedentes de la tutela.....	11
1.2.1. Definición de tutela.....	11
1.2.2. Estudio jurídico doctrinario de tutela.....	12

CAPÍTULO II

2. La donación en general.....	31
2.1. Definición.....	31
2.2. Análisis.....	31
2.3. Naturaleza jurídica.....	40

CAPÍTULO III

3. La donación en la ley civil guatemalteca.....	43
3.1 Concepto.....	43
3.2 Análisis jurídico.....	43
3.3 Clases de donación.....	47
3.4 Fines.....	49

CAPÍTULO IV

	Pág.
4. Transplante y donación de órganos y tejidos humanos.....	51
4.1 Análisis de transplante.....	51
4.2 Análisis de la donación de órganos y tejidos humanos.....	54

CAPÍTULO V

5. Análisis del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala.....	61
5.1. Análisis jurídico.....	61

CAPÍTULO VI

6. Necesidad de la donación y tejido para menores.....	73
6.1. Autorización de los padres o tutores.....	73
6.2. Donación de órganos y tejidos del menor fallecido.....	74
6.3. Análisis del Artículo 8 del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala.....	77
6.4. Proyecto de reforma de ley.....	78
 CONCLUSIONES.....	 83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87

INTRODUCCIÓN

Conforme al Artículo 3 de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, solo las personas mayores de dieciocho años se consideran como donadores potenciales de órganos y tejidos humanos.

Por su parte el Artículo 5 de la misma ley, la donación debe ser en forma expresa y por escrito, estipulando que la donación puede ser en vida para que se disponga de un órgano o tejido, o en caso de muerte para que se tomen del cadáver los órganos para su utilización.

En tal sentido se entiende que solamente pueden donar órganos los mayores de edad, o sea, los mayores de dieciocho años. Estas donaciones se pueden hacer para que en vida el donante pueda ceder uno de sus órganos, para que otro pueda vivir cuando le pueda sobrevenir la muerte a causa de tener un órgano defectuoso; asimismo, pueden donar sus órganos cuando haya fallecido, facultando a la institución encargada para que del cadáver tome sus órganos para trasplantarlos a otra persona que los necesite.

El fondo del problema consiste en que únicamente pueden donar órganos los mayores de dieciocho años, por lo que el órgano donado solamente puede ser compatible con otra persona mayor de edad, y nunca con un menor enfermo que necesite de un órgano para su recuperación. En tal sentido la ley desprotege al menor, al grado de solamente esperar la muerte, pues al no poderse donar un órgano, el menor enfermo estará condenado a fallecer.

El legislador, quiso proteger a los menores, pero no tomó en cuenta el cadáver del menor, cuyos órganos y tejidos pueden darle vida a otro menor que

los necesite.

El problema consiste en que un menor enfermo y que necesite un órgano para sobrevivir, solamente puede recibir un órgano de otro menor que sea compatible.

Si bien es cierto que un menor de edad no podría de ninguna manera donar un órgano o tejido humano, por la incapacidad debido a su minoría de edad, también es cierto que los tutores o los padres del mismo podrían dar autorización para que se le extraigan los órganos cuando éste fallezca, y los mismos puedan ser utilizados en trasplantes a menores que necesitan dichos órganos o tejidos.

Con esta disposición se estaría tratando de evitar las muertes de otros menores cuando necesiten un órgano o tejido humano, el cual bien podría ser donado de un menor fallecido, dando su consentimiento los padres de éste.

La justificación del problema consiste en que la ley no puede discriminar a menores enfermos, y proteger solamente a los mayores de edad que necesiten el trasplante de un órgano, sino que proteja al menor dando facultades a los padres o tutores para que en el momento que el menor fallezca puedan ser extraídos los órganos para la recuperación de otros niños que solamente están esperando la muerte porque la ley impide la donación de órganos de menores cuando hayan fallecido; sin embargo, sí autoriza la donación de órganos cuando las personas mayores de edad hayan fallecido.

La solución al problema deviene en reformar la última parte del Artículo 8 del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República, autorizando a los

padres del menor, para que cuando éste fallezca puedan extraérsele los órganos necesarios para la recuperación de niños que se encuentran esperando la muerte por falta de donadores.

La donación de órganos y tejidos humanos, es un acto voluntario del donante hacia el donatario, para que sobreviva cuando el órgano le sea vital. La donación de órganos y tejidos humanos, es un acto de caridad, de humanidad, en la cual la persona dona sus órganos para que otro sobreviva. El Decreto 91-96 del Congreso de la República, solamente regula la donación entre mayores, dejando desprotegidos a los menores de edad, pudiendo sobrevenirles la muerte por no haber órganos de donantes.

Para los fines de la investigación se utilizó los métodos inductivo y deductivo para hacer los análisis de los motivos que movieron a los legisladores a prohibir la donación de órganos y tejidos humanos de menores, cuando éstos han fallecido, para llegar a conclusiones de producir un efecto de reformar el Decreto respectivo, para protección de menores enfermos y que necesitan un órgano o tejido para sobrevivir. De cada capítulo se hicieron conclusiones generales y particulares, la primeras para tomar el todo para llegar a conclusiones particulares, y el segundo porque partiendo de conclusiones particulares se llegó a conocer el sentido real de la investigación.

En el presente trabajo, el cual se divide en seis capítulos, el primero de ellos trata sobre los conceptos de la patria potestad y la tutela, su definición, el estudio de los mismos desde el punto de vista jurídico y doctrinario, características de la patria potestad y los antecedentes de la tutela.

El segundo capítulo, hace referencia al concepto y definición de la donación y su naturaleza jurídica.

El tercer capítulo, está dedicado al análisis de la donación en la ley civil guatemalteca, análisis jurídico, clases de donación y los fines de la misma.

El cuarto capítulo, aborda lo referente al trasplante y la donación de órganos y tejidos humanos.

El quinto capítulo, está dedicado al análisis jurídico del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala.

El sexto capítulo, aborda la necesidad de la donación de órganos y tejidos para menores, la autorización de los padres de los menores, la donación de los órganos y tejidos de menores de edad fallecidos, el análisis detenido al contenido del artículo 8 del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala y la presentación de un proyecto de reforma de ley.

La técnica de investigación utilizada fue la documental, constituyendo una investigación científica jurídica.

CAPÍTULO I

1. La patria potestad y la tutela

1.1. Definición de patria potestad

“Según las modernas concepciones del mundo civilizado, la patria potestad es aquella institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores, en la medida reclamada por las necesidades de éstos”¹.

1.1.1. Antecedentes de la patria potestad

La patria potestad que en los primeros tiempos suponía soberanía perfecta, dada la configuración “constitucional” de la familia; después representa soberanía imperfecta, daba la prepotencia del Estado y lo inoperante de la vida familiar dentro del cuadro político, si bien se desprende del mismo un complejo de derechos instituidos en beneficio del padre, y, finalmente, supone mero designio funcional, pues que las facultades que todavía le restan se conceden y consagran sólo por el fin exclusivo de atender a la asistencia y protección de los hijos menores, completando su capacidad.

El proceso histórico de la patria potestad permite tener una visión completa de su contenido actual, así como de la perspectiva hacia el porvenir. A este efecto se puede distinguir los períodos siguientes:

- **Pueblos Antiguos:** Sentido absoluto y dispositivo de la patria potestad. Entre los pueblos primitivos del Oriente Medio e Incluso en Grecia y Roma, la

¹ Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, pág. 430.

patria potestad tuvo un sentido absoluto y despótico, nacido sin duda de la especial configuración política y religiosa de aquella época toda vez que cada familia constituía un estado propio, y lógicamente, el jefe de ese grupo debía asumir en su persona los atributos fundamentales del poder. De esa asunción por el jefe del grupo de todas las cualidades inherentes a la potestad social se derivaban las consecuencias siguientes:

- La patria potestad se integraba por un complejo de derechos y facultades atribuidos a la misma persona del jefe, sin ninguna limitación ni cortapisa.
 - Por su condición de jefe del estado familiar, sólo se concebía la patria potestad en el padre, no admitiéndose la de la madre.
 - Como la relación entre el jefe y el súbdito es siempre constante, la patria potestad es en principio vitalicia, desapareciendo sólo por la muerte o por un acto de gracia del jefe de familia.
 - La concentración del poder en el jefe suponía también la concentración de los ingresos, por lo que todo lo que los hijos adquirirían pasaba a formar parte del patrimonio del padre, e incluso aquellos mismos, siendo fuentes de recursos por su trabajo, estaban en completa potestad de disposición, pudiendo venderlos en caso de necesidad.
- Desde el punto de vista religioso se añade otras a la patria potestad en el derecho antiguo. En efecto: Al ser el padre el pontífice supremo de la religión doméstica, uno de sus principales deberes era el de asegurar la continuidad de su culto y ello implicaba:
 - Que el matrimonio del padre estuviere celebrado conforme a los ritos del culto doméstico, por lo que los hijos procedentes de otra unión no tenían sitio en el hogar ni derecho a realizar acto alguno del culto. El hijo de

concubinato, no estaba, pues, bajo la patria potestad, y el procedente de adulterio era considerado como intruso.

- Que la continuidad del culto se verificaba a través del primer hijo del matrimonio, engendrado en el cumplimiento de un deber, a diferencia de los demás que eran nacidos del amor. Éste fue el punto de arranque de los derechos de primogenitura.
- Que aquella continuidad suponía el derecho indiscutible de velar por las personas que pudieran asociarse al culto; así el padre tenía derecho a intervenir en el matrimonio del hijo, negarle su consentimiento para ello, imponerle las nupcias o excluirlo del rito religioso del hogar a través de la emancipación.

En la edad media quiebra el sentido despótico de la patria potestad y se inicia una noble suavización del sistema. Ya en los finales del Imperio Romano se observa una crisis profunda del matiz religioso y político de la patria potestad, que en los tiempos medios se perfila a través de las siguientes notas fundamentales:

- Se consolida el despojo al ***pater familiae*** de los bárbaros derechos de que antaño disfrutaba, mereciendo citarse a este respecto las disposiciones de las antiguas Leyes y Fueros. Así la ***Lex Romana Visigothorum*** estableció fortísimas limitaciones a la patria potestad y prohibía a los padres vender, donar o dar en prenda a sus hijos, bajo la sanción de nulidad de tales actos y la pérdida por el comprador del precio que por ello hubiere entregado; el Fuero Real sancionaba también durante la venta o la dación en prenda de los hijos y sólo toleraba, lo mismo que las Partidas quizá por influencia del derecho canónico, un derecho de corrección mesurado. El criterio se acentúa en algunas disposiciones de derecho territorial. Las disposiciones

aragonesas protestan enérgicamente contra el concepto romano de la patria potestad, estampando la conocida máxima: “**Consuetudine regni non habemus patria potestatem**” (la costumbre reina no hace patria potestad). Lo mismo que en Aragón, otros derechos locales, como los Fueros de Baeza, Alcalá, Cuenca y Plasencia, insisten sobre la suavización del instituto.

- La influencia del derecho germánico, determinó la sustitución del poder vitalicio que antes tenía la patria potestad por un criterio meramente temporal de la misma; a este efecto se acentúan los resortes de la **emancipatio iuris germanici** (emancipación del derecho germano), por virtud de la cual el hijo sale de la patria potestad incluso cuando comienza una situación de vida independiente (separata economía); cuestión, que aunque veladamente, se recoge en los Fueros. En cambio, resulta patente la pérdida legal de la patria potestad por medio del matrimonio que decretan las Leyes de Toro, las que ordenaron además que el hijo o hija así emancipado adquiriese por sí el usufructo de todos sus bienes adventicios, perdiendo, por tanto, el padre, el de la parte que las Partidas, que de conformidad con Justiniano, le asignaban. Los comentaristas refuerzan la orientación y admiten la emancipación por la profesión religiosa, y la práctica fue regulando otros extremos, como la influencia de la ausencia y del cambio de nacionalidad, sobre la patria potestad.
- Se recibe en la institución paternal la llamada patria potestad de la madre, si bien ésta adquiere diversas formas y modalidades. No se sabe a ciencia cierta a qué influencia es debida la destrucción o relajamiento del monopolio del padre en la patria potestad. Unos hablan de las costumbres islámicas, otros insisten sobre la ascendencia del germanismo, y otros, finalmente, engarzan el cambio con los principios rectos de la moral cristiana (con la

paterna pieta) y la atribución a la madre de los deberes del matrimonio: *matris -munium*, (carga de la madre). Lo cierto y verdadero es que en el decurso de los tiempos medios viene la madre también a sumir la autoridad de este instituto: unas veces, como una simple tutela cuando el padre desaparece; otras, ejerciendo propiamente la patria potestad, si bien con carácter subsidiario, como en el *Liber iudiciorum* (libertad de juicio); otras, conjuntamente con el padre.

1.1.2. Estudio jurídico doctrinario

En todo grupo humano, más o menos articulado, en toda relación jurídica en la que se asocien varias personas para cumplir un cometido que se sale de las más puras situaciones del derecho privado, siempre tiene que haber un poder de dirección que dé armonía de unidad a la variedad que el mismo supone. En el grupo matrimonial la autoridad del marido representa ese elemento directivo, que sirve para mantener el orden y la convivencia en el hogar. Pues bien, en la relación paterno-filial, constituida y regulada al amparo del derecho, tiene que haber también un principio rector que gobierne y rija las actividades de todos, en aras del bien común. Este principio rector está representado por la patria potestad.

Eduardo Vázquez Bote, expone “Corresponde la patria potestad a ambos padres conjuntamente, para actuarla respecto de los hijos no emancipados (excepto que se les haya suspendido o privado), salvo que por circunstancias especiales la actúe o pueda actuarla uno solo de aquéllos, que permite diferenciar un ejercicio conjunto, un ejercicio por uno de los padres con

consentimiento del otro y un ejercicio por uno de los padres, por defecto, ausencia, imposibilidad o incapacidad del otro, esto es, un ejercicio unilateral”².

Por lo tanto la patria potestad la ejercen los padres que están al cuidado del menor, pero la puede ejercer uno sólo de ellos, cuando el menor esté a su cuidado.

Modernamente domina en esta materia el principio fundamental de que la patria potestad ha de concebirse y ejecutarse como una función que el Estado reconoce a los padres respecto de los hijos, en beneficio de éstos, para proveer a su asistencia y protección en la medida reclamada por las necesidades de los mismos. Resulta, por ende, anacrónico el término patria potestad, porque no hay complejo de facultades, sino una suma de deberes; no hay señorío, como decían las antiguas leyes, sino una misión sagrada a cumplir, con las miras puestas en el bien de los menores. De este principio general se deriva, como consecuencia indeclinable, la desaparición de la potestad correctiva, que queda reducida a su más mínima expresión, o sólo en los límites que la educación reclama. Más allá se incurre en sanción y en el reproche de la Ley hacia el padre que se ha excedido. Pero hay más: el Estado no se contentó con sancionar el exceso, sino que cuida e inspecciona, vigila y tutela el ejercicio que hace el padre de la patria potestad; y algunas legislaciones llegan a establecer órganos especializados en esa misión de vigilar, para que las cosas queden siempre en el tono y signo que el nuevo orden reclama. Esta inspección o vigilancia no se concreta a función correctora, sino que se amplía en extensión e intensidad sobre todo el ámbito general de la patria potestad, vigilando el uso que el padre hace no sólo de la persona, sino de los bienes, cuidando de que la

² Fundación Tomás Moro, **Diccionario jurídico espasa**. pág. 728.

administración del patrimonio del menor se lleve a efecto con el acomodo correspondiente.

Del mismo principio se deriva otra consecuencia fundamental, y es que la misión del padre debe terminar cuando las circunstancias evidencien que el hijo puede gobernarse por sí mismo. La temporalidad, pues de la patria potestad queda patente, y no se puede prolongar fuera del término propio. La emancipación por matrimonio viene a ser completa, y la emancipación por concesión tiende asimismo a adquirir la relevancia que le corresponde.

Finalmente, el Estado saca al hijo de esa patria potestad cuando el padre incumple, articulándolo en otros órganos del Estado.

Nota característica, asimismo, de los tiempos modernos en la decidida participación que se concede a la madre en el ejercicio de esa misión de asistencia a los hijos. Esta nota toma relieve a través de dos efectividades: una de tipo subsidiario, por cuya virtud la madre entra automáticamente en el ejercicio de la patria potestad tan pronto como el padre deja de hacerlo por circunstancias relevantes; otra de matiz perenne, aunque más templado, en virtud de la cual la madre adquiere poder dentro del hogar para desempeñar aquellas misiones que son propias de ellas, sobre todo la relativa a la educación e instrucción, quedando el padre con el poder de representación en todas las funciones relacionadas con ella y con el poder de decisión, en caso de que las opiniones sean contradictorias, si bien a su vez, esta facultad decisiva no debe de ejercerse con evidente abuso del derecho.

De la patria potestad se deben inferir las consideraciones siguientes:

- La patria potestad es una institución jurídica. Es decir, el asunto en la ley es la situación de hechos que surgen en las relaciones paterno-filiales. La ley la disciplina y de sus preceptos es posible deducir un todo donde, por encima de la variedad de sus instituciones, se descubre la armonía de la institución.
- En virtud de esa institución jurídica, ratifica el derecho la asunción que **“iure proprio”** hacen los padres de la asistencia y dirección de sus hijos menores. Se trata de una facultad natural de dirección, asentada como tal en la propia naturaleza y sublimada por el amor y la abnegación que nadie como los padres pueden tener respecto de sus hijos y que como tal es avalada por las costumbres y el respeto universal.
- La patria potestad es flexible y se adapta a las circunstancias de personas y tiempo. Se dice que por la patria potestad los padres tienen la dirección y asistencia de los hijos menores, en la medida reclamada por las necesidades de éstos. De ello se deduce, la facultad de dar consejo para el matrimonio, el derecho al respeto de los hijos ; la reverencia que éstos deben a sus padres y otras conductas más o menos éticas y más o menos jurídicas, estarán engarzadas con la condición de los padres, pero no con la institución jurídica de la patria potestad, que en el moderno derecho termina cuando el hijo es mayor. Pero, aun dentro de su minoridad, la patria potestad va cambiando el entorno de su desarrollo ya que, al principio de la vida tiene un significado paternal, de amplia coyuntura de mimo y cuidado. Luego toma un carácter más serio, de educación e instrucción, de protección enérgica al menor que empieza a dar sus pasos en la vida. La potestad correctiva se desarrolla en todo su ser. Finalmente, en el hombre ya hecho; en las proximidades de la mayoría, se torna en consejo y dictado de la experiencia, y su misión apenas si se trasluce en los complementos de capacidad.

El Artículo 252 del Código Civil, estipula que “La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción”.

Por su parte el Artículo 256 del Código Civil, establece que “Mientras subsista el vínculo matrimonial o la unión de hecho, el padre y la madre ejercerán conjuntamente la patria potestad, la representación del menor o la del incapacitado y la administración de sus bienes; la tendrán también, ambos padres, conjunta o separadamente, salvo los casos regulados en el Artículo 115, o en los de separación o de divorcio, en los que la representación y administración la ejercerá quien tenga la tutela del menor o del incapacitado”.

Con relación a los hijos adoptivos, solamente pueden tener la patria potestad las personas que los hayan adoptado, manifestando el Artículo 258 del Código Civil, que “La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado”.

Por su parte el Artículo 50 de la Constitución Política de la República de Guatemala, estipula que “Todos los hijos son iguales ante la ley y tiene los mismos derechos. Toda discriminación es punible”.

1.1.3. Caracteres de la patria potestad

La institución jurídica de la patria potestad tiene los caracteres o notas singulares siguientes:

- Constituye, ante todo, un deber u obligación que no puede ser objeto de excusa, puesto que está asignada a los padres, en virtud de los supremos principios de la moral familiar y la acción social del Estado, que la articulan ellos como sujetos a quienes corresponde con exclusividad.
- Esta obligación es de carácter personal, no pudiendo ser realizada a través de un tercero; la madre puede ejercer, como asociada, determinadas funciones propias de la patria potestad en el área particular de la familia; esto no obsta; sin embargo, para que algunos cometidos del instituto, singularmente en lo referente a la educación e instrucción, pueda el padre encomendarlos a un tercero, valiéndose para ello de auxiliares de cumplimiento, como por ejemplo, entregar al hijo a un preceptor o a un internado, o enviarle a un aprendizaje o a un maestro que le dé enseñanza de una profesión u oficio.
- Además es intransferible: no puede el padre transmitir a un tercero en bloque la patria potestad que ejerce sobre sus hijos; solamente puede entrar en juego el instituto de la adopción, en los términos, con las condiciones y requisitos que la ley estipula.
- Representa una obligación positiva de trato continuado, que exige y requiere el despliegue eficaz y constante de una conducta de cumplimiento suficiente para llenar el cometido propio de la patria potestad y mantenerse en una situación negativa; el Estado exige una actividad reiterada de beneficio y sanción, en los términos que exigen el cumplimiento por acción y también por omisión.

1.2. Antecedentes de la tutela

En los pueblos anteriores a la civilización romana no podía concebirse la tutela, por la energía tan cerrada del grupo, que asumía tales funciones como desconocía la personalidad individual de sus miembros.

Es Grecia, y posteriormente en Roma, la cultura que comienza a poner las base iniciales, al configurarse la tutela como oficio público para defender los derechos de los agnados de la herencia; que Roma perfiló en su alcance como instituto protector del incapaz por menor o mujer, conjuntamente con la curatela del loco.

La jurisprudencia romanista quiso perfilar la diferenciación de ambas figuras remitiendo la tutela al cuidado personal y la curatela al patrimonial; pero la aceptación del principio de la representación en el Bajo Imperio dio nuevo sesgo a la figura, al tiempo que se iniciaba la influencia del Derecho germánico, que concibió la tutela y curatela, entendida la primera como guarda de impúberes y la segunda como de incapacitados, régimen que subsistió hasta la publicación del Código Civil, que siguió la orientación del Code. Su actual régimen jurídico se debe a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que reformó totalmente la regulación contenida en el Código Civil.

1.2.1. Definición de tutela

“Tutela, es la institución jurídica ordinaria de guarda legal de los menores de edad no emancipados que sean huérfanos o cuyos progenitores se hallen privados de la patria potestad, así como los incapacitados por locura o sordomudez, cuando no estén sometidos a la patria potestad prorrogada. A los

dementes mayores de edad, en cambio, no se les puede nombrar tutor sin cumplir el trámite de la previa incapacitación”³.

Tutela es la “Institución que tiene por finalidad la guarda de personas incapaces de regirse por sí misma, tanto personal como patrimonialmente”⁴.

1.2.2. Estudio jurídico doctrinario de tutela

La tutela es de ejercicio permanente y habitual: no se nombra tutor para ejecutar un acto o un negocio, sino para cuidar de modo global de las incumbencias patrimoniales y personales del sujeto tutelado. Se organiza mediante un órgano ejecutivo y de asistencia inmediata, el tutor, y otro que establece al primero y lo vigila, el juez.

El tutor se nombra entre los familiares más próximos y lo buscan la ley o el juez. La ley establece un orden de preferencia para ser nombrado tutor, que el juez puede alterar de forma excepcional. Es una persona física, aunque pueden serlo las personas jurídicas sin finalidad lucrativa dedicadas a la protección de menores e incapacitados.

Pueden existir varios tutores, con la misma competencia (el padre y la madre del alienado) o con competencias diferentes. Al tutor le incumbe el cuidado directo del incapaz cuando resulte necesario; la gestión inmediata de sus negocios y administración de sus bienes y su representación, si además de su vínculo con el pupilo se prueba que éste no pueda hacerlo por sí mismo, en calidad de representante legal. Es administrador legal del patrimonio, aunque

³ Microsoft Corporation, **Diccionario encarta 2004**.

⁴ Fundación Tomás Moro, **Ob. Cit.** pág. 981.

para los actos más importantes precisa autorización judicial y debe rendir cuentas al finalizar su tutela.

Siempre en busca del bien del pupilo, el juez tiene poderes extraordinarios en el establecimiento de la tutela. Por lo demás, es él quien, teniendo noticia del hecho que origina la tutela, dispone que ésta se constituya; señala y exige fianza al tutor; preside la formación del inventario de los bienes del pupilo y determina qué dinero, valores y objetos preciosos han de quedar depositados. Mientras la constitución no se perfecciona, asume la Procuraduría General de la Nación la representación o defensa del menor o el presunto incapaz.

La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del juez, que actuará, de oficio, a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, o a instancia de cualquier interesado, pudiendo además el juez establecer en cualquier momento las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado y asimismo exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o incapacitado y el estado de la administración.

Expresión de esa vigilancia permanente del juez sobre la tutela es la necesidad de autorización judicial para cualquier actuación del tutor que exceda de la ordinaria guía de la persona y administración de los bienes.

Característica de la tutela es fijar como instrumento e institución para la guarda de la persona y patrimonio de los menores o incapacitados, concibiéndose la curatela como un medio de complementar la aptitud de las personas menores o pródigas, concebidas siempre y destacadamente la primera como funciones de carácter público.

Pueden instituir la tutela los padres y extraños. Los primeros, mediante testamento o documento público notarial, nombrando al tutor, fijando órganos de fiscalización, integrados y, en general, ordenar todo lo que estimen pertinente respecto de la persona y bienes del tutelado, sin perjuicio de las facultades judiciales si aquella disonante hubiere sido privado de la patria potestad al adoptarlas.

El extraño que disponga de bienes gratuitos a favor de un menor o incapacitado puede fijar asimismo las normas de administración, designando la persona o personas que hayan de ejercitarla, correspondiendo al autor en sentido propio las no asignadas al administrador. Están obligados a promover la tutela, aparte las facultades de la Procuraduría General de la Nación para pedir y el juez para disponer la constitución, incluso de oficio, desde el momento en que la conocieren de hecho, o parientes llamados a la misma, el guardador del menor o Incapacitado. Legitimados para poner en conocimiento de la Procuraduría el hecho determinante de la tutela lo están todas las personas.

La Constitución de la tutela se realiza bajo la autoridad judicial en el procedimiento correspondiente, previa audiencia de los parientes más próximo, de las personas que estime oportuno y del tutelado en todo caso, si tuviere suficiente juicio. En su caso, en la resolución podrá fijar el juez las medidas de vigilancia y control adecuadas en beneficio del tutelado.

Sobrevenida la situación de hecho, deviene la designación de tutor. Para su nombramiento se fijan las preferencias (cónyuge que conviva con el tutelable, padres, personas designadas por éstos en su caso mediante testamento descendientes, ascendientes, hermanos), sin bien no vinculan las

mismas al juez pueden designar a quien por sus relaciones con el tutelado estime más idóneo.

La tutela puede adjudicarse a una sola persona, que es hipótesis normal; pero cabe concurrencia si las circunstancias aconsejan discernir personal del tutelado, si bien las decisiones se tomarán conjuntamente; o cuando la ejercen los padres como en la patria potestad; o si por designarse la tutela al hijo del hermano parece conveniente que a si testamentariamente por los padres del tutelado.

Pueden ser tutores todas las personas; pero las jurídicas si tuvieran finalidad no lucrativa y figure entre sus fines la protección de menores e incapaces.

Quedan excluidos de la tutela quienes estén privados o suspendidos de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación; los condenados a pena privativa de libertad, mientras cumplan la condena; los legalmente removidos de una tutela anterior y los condenados por cualquier delito que haga suponer fundamentalmente que no desempeñen el cargo; ni quienes tengan conflicto de intereses con el tutelado; aquellos en quienes concurren imposibilidad absoluta de hecho; quienes tengan enemistad manifiesta con el tutelado y los que no tengan medio de vida conocido o mala conducta; los quebrados y concursados no rehabilitados si la tutela se extiende al patrimonio.

Quienes incurran en causa de inhabilidad luego de la delación tutelar serán removidos de la tutela.

Los designados tutores pueden excusar el cargo: por razones de edad, enfermedad, ocupación personal o profesional, por ausencia de círculos en el tutelado o cualquier otra causa que haga el ejercicio de la tutela excesivamente gravoso.

Son atribuciones del tutor: la de representar al menor o incapaz en los actos en que no pueden intervenir éstos por sí solos; recabar el auxilio de la autoridad en el ejercicio de la tutela, y corregir a los menores razonables y moderadamente; la retribución del cargo, conforme a las posibilidades del patrimonio del tutelado; hacer suyos los frutos de los bienes del tutelado, si los padres, en testamento, lo autorizan a cambio de prestarles alimentos.

Está obligado el tutor:

- Al inicio del cargo, inventariar los bienes del tutelado dentro del plazo fijado por ley. Dicho inventario se hará con citación del Procurador General de la Nación y cuantas personas estime el juez conveniente. El tutor que no incluya en el inventario los créditos que tenga contra el menor se entiende que los renuncia. Los bienes de dinero, alhajas, objetos preciosos y, en general los que a juicio de la autoridad judicial no deban quedar en poder del tutor, serán depositados en establecimientos a efecto de resguardarlos.
- Durante el ejercicio del cargo el tutor debe velar por el tutelado, proporcionarle alimentos, educarle y procurarle una formación integral, promover la recuperación o adquisición de su capacidad y su mejor inserción social, e informar al juez sobre la situación del menor, con rendición de cuentas. En todo caso, ejercer el cargo con diligencia debida del buen padre de familia.

Son facultades del tutor, que reunieren complemento mediante autorización judicial: el internamiento del tutelado en establecimientos de salud mental o de educación especial; enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los tutelados, o celebrar actos o contratos susceptibles de inscripción, salvo del derecho de suscripción preferente de acciones; renunciar derechos, transigir o someter a arbitraje asuntos de interés del tutelado; realizar la partición de herencia o división de la cosa común, que requerirán, además de aquel consentimiento, la aprobación judicial.

Se extingue la tutela: por mayoría del menor, salvo que antes hubiese sido incapacitado judicialmente; por la adopción del tutelado por el tutor; por la concesión al menor del beneficio de mayoría; por fallecimiento del tutelado; por modificación de la sentencia que modifique la guarda de tutela por curatela; cuando el titular de la patria potestad la recupere, si ello fue causa de la tutela.

Al cesar en las funciones, debe el tutor rendir cuentas de su gestión. La intervención judicial aprobando dichas cuentas no impedirá el ejercicio de cualesquiera acciones que puedan asistir al tutelado o sus causa habientes.

La ley civil guatemalteca regula la tutela en el Capítulo IX, Título I, especificando que “El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a tutela aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres”.

El tutor es el representante legal del menor o incapacitado” (Artículo 293 del Código Civil).

La tutela se ejerce por un tutor y un protutor, cuyos cargos son personales y no pueden delegarse, pero pueden otorgar mandatos especiales para actos determinados.

La tutela y protutela son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentren en pleno goce de sus derechos civiles.

La tutela puede ser testamentaria, legítima y judicial.

La tutela testamentaria se instituye por testamento, por el padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad; por el abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima; por cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciere de tutor nombrado; y por el adoptante que designe heredero o legatario a su hijo adoptivo (Artículo 297 del Código Civil).

Los padres y los abuelos, en su caso, pueden nombrar un tutor y un protutor para todos o para varios de sus hijos para cada uno de ellos. Pueden también nombrar varios tutores y protutores para que ejerzan el cargo uno en defecto de otro, respectivamente, en el orden de su designación.

La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

- Al abuelo paterno;
- Al abuelo materno;
- A la abuela paterna;

- A la abuela materna; y
- A los hermanos sin distinción de sexo, siendo preferido los que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor de edad y capacidad.

La línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio. Sin embargo, mediando motivos justificados para variar la procedencia, puede el juez nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad y preparación, que constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo.

El Artículo 300 del Código Civil, establece que “La tutela judicial procede por nombramiento del juez competente, cuando no haya tutor testamentario ni legítimo. Para este efecto, la Procuraduría General de la Nación y cualquier persona capaz deben denunciar a la autoridad el hecho que da lugar a la tutela no provista.

Para la designación de la persona del tutor, el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias que se mencionan en el artículo anterior.

La tutela de los mayores de edad declarados en interdicción corresponde:

- Al cónyuge;
- Al padre y a la madre;
- A los hijos mayores de edad; y
- A los abuelos, en el orden anteriormente establecido.

Si hallándose en ejercicio un tutor legítimo o judicial apareciere el testamentario, se transferirá inmediatamente a éste la tutela.

A los menores que hayan cumplido la edad de dieciséis años, debe asociarlos el tutor en la administración de los bienes para su información y conocimiento; y si carecieren de tutor testamentario tendrán derecho a proponer candidato entre sus parientes llamados a la tutela legítima, o a falta de estos, a persona de reconocida honorabilidad para que ejerza la tutela judicial.

“El protutor intervendrá en las funciones de la tutela, para asegurar su recto ejercicio”.

La designación del protutor se hará en la misma forma que la del tutor. Puede recaer en parientes del pupilo o en otras personas, siempre que reúna las condiciones de notoria honradez y arraigo” (Artículo 304 del Código Civil).

El protutor está obligado:

- A intervenir en el inventario y avalúo de los bienes del menor y en la calificación y otorgamiento de la garantía que debe prestar el tutor;
- A defender los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor;
- A promover el nombramiento de tutor, cuando proceda la remoción del que estuviere ejerciéndola, o cuando la tutela quede vacante o abandonada;
- A intervenir en la rendición de cuentas del tutor; y,
- A ejercer las demás atribuciones que le señala la ley.

Cuando hubiere conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a una misma tutela, el juez les nombrará tutores específicos.

Mientras no se nombre tutor y protutor y no se discernan los cargos, el juez de oficio, o a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, deberá dictar las providencias necesarias para el cuidado de la persona del menor o incapacitado y la seguridad de sus bienes.

“Los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapacitados, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso, y su cargo no necesita discernimiento” (Artículo 308 del Código Civil).

Los institutos de asistencia pública pueden confiar el menor internado, que carezca de padres, ascendientes y hermanos, a personas de notoria moralidad, que dispongan de medios económicos para proporcionarle alimentos, instrucción y educación.

La dirección del establecimiento debe estar frecuentemente informada de las condiciones en que se desarrolle la vida del menor, y en caso de abandono, o cambio de circunstancias, recogerlo e internarlo de nuevo.

Los extranjeros no están obligados aceptar el cargo de tutor o protutor, sino en el caso que se trate de sus parientes y connacionales. La administración de tales cargos, no implica la adquisición de la nacionalidad guatemalteca.

El discernimiento de la tutela, se rige por la ley del lugar del domicilio del menor o incapacitado.

El cargo del tutor, discernido en país extranjero, de conformidad con las leyes de dicho país, será reconocido en la República.

La tutela en cuanto a los derechos y obligaciones que impone, se rige por las leyes del lugar en que fue discernido el cargo.

Las facultades en los tutores, respecto a los bienes que el menor o incapacitado tuviere fuera del lugar de su domicilio, se ejercerá conforme a la ley del lugar en que dichos bienes se hallen situados.

Las disposiciones relativas a los tutores, regirán para las personas que administren bienes de menores o incapaces, en casos determinados.

No puede ser tutor ni protutor:

- El menor de edad y el incapacitado;
- El que hubiere sido penado por robo, hurto, estafa, falsedad, faltas y delitos contra la honestidad, u otros delitos del orden común que merezcan pena mayor de dos años;
- El que hubiere sido removido de otra tutela, o no hubiere rendido cuentas de su administración o si habiéndolas rendido, no estuviesen aprobadas;
- El ebrio consuetudinario el que haga uso habitual de estupefacientes, el vago, el de notoria mala conducta;
- El fallido o concursado, mientras no haya obtenido su rehabilitación;
- El que tenga pendiente litigio propio de sus ascendientes, descendientes o cónyuge, con el menor o incapacitado;
- El que ha perdido el ejercicio de la patria potestad o la administración de los bienes de sus hijos;

- El acreedor o deudor del menor por cantidad apreciable en relación con los bienes del menor, a juicio del juez, a menos que con conocimiento de causa, haya sido nombrado por testamento;
- El que no tenga domicilio en la República; y,
- El ciego y el que padezca enfermedad grave, incurable o contagiosa.

Los tutores o protutores a quienes sobrevenga alguna de las incapacidades mencionadas anteriormente, serán separados de su cargo por declaración judicial, previa denuncia y comprobación del hecho por la Procuraduría General de la Nación o algún pariente del pupilo.

Serán también removidos de la tutela y protutela:

- Los que demuestren negligencia, ineptitud o infidelidad en el desempeño del cargo;
- Los que incitaren al pupilo a la corrupción o al delito;
- Los que emplearen mal trato con el menor;
- Los que a sabiendas hayan cometido inexactitud en el inventario, omitido bienes o créditos activos o pasivos; y,
- Los que se ausenten por más de seis meses, del lugar en que desempeñe la tutela y protutela.

Pueden excusarse de la tutela y protutela:

- Los que tengan a su cargo otra tutela o protutela;
- Los mayores de sesenta años;
- Los que tengan bajo su patria potestad tres o más hijos;
- Las mujeres;

- Los que por sus limitados recursos no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia;
- Los que padezcan enfermedad habitual que les impida cumplir los deberes de su cargo; y,
- Los que tengan que ausentarse de la República por más de un año.

Los que no fueren parientes del menor o incapacitado, no estarán obligados a aceptar la tutela o protutela si hubiere personas llamadas por la ley, que no tengan excusa o impedimentos para ejercer aquellos cargos.

El tutor y el protutor no estarán a ejercer sus cargos, sino después de discernidos por el juez.

Ninguna tutela puede ser discernida sin estar llenados todos los requisitos que para su ejercicio exige la ley.

“El tutor procederá al inventario y avalúo de los bienes del menor o incapacitado, dentro de los treinta días siguientes a la aceptación del cargo, plazo que podrá ser restringido o ampliado prudencialmente por el juez según las circunstancias.

En ningún caso, ni aun por disposición del testador, quedará el tutor eximido de esta obligación” (Artículo 320 del Código Civil).

Practicado el inventario, el tutor y el protutor quedan solidariamente obligados a promover la constitución de la garantía, salvo que no haya bienes, o que tratándose de tutor testamentario hubiere sido relevado de esta obligación por el testador, en cuanto a los bienes objeto de la herencia, donación o legado.

Cuando con posterioridad al discernimiento de la tutela, sobrevenga o se descubra causa que haga obligatoria la caución, lo harán saber al juez, el propio tutor o el protutor, o el Procurador General de la Nación, para el efecto de la constitución de la garantía.

La garantía deberá asegurar:

- El importe de los bienes muebles que reciba el tutor;
- El promedio de la renta de los bienes, en los últimos tres años anteriores a la tutela; y,
- Las utilidades que durante un año puede percibir el pupilo de cualquier empresa.

La garantía deberá aumentarse o disminuirse, según aumente o disminuya el valor de los bienes expresados y el de las cosas en que aquéllas esté constituida.

La garantía deberá consistir en hipoteca, prenda o fianza otorgada por alguna institución bancaria o legalmente autorizada para el efecto. La garantía personal y aun la caución juratoria, pueden admitirse por el juez cuando, a su juicio, fueren suficientes, tomando en cuenta el valor de los bienes que vaya a administrar el tutor y la solvencia y buena reputación de éste.

La garantía prendaria que preste el tutor, se constituirá depositando los efectos o valores en una institución de créditos autorizada para recibir depósitos; y a falta de ella, en una persona de notorio arraigo.

El juez fijará, a solicitud y propuesta del tutor la pensión alimenticia, de acuerdo con el inventario y las circunstancias del pupilo, sin perjuicio de alterarla, según el aumento o disminución del patrimonio y otros motivos que apreciará el tribunal.

El tutor, dentro del primer mes de ejercer su cargo, someterá a la aprobación del juez, el presupuesto de gastos de administración para el año.

Para los gastos extraordinarios que pasen de quinientos quetzales, necesita el tutor autorización judicial.

Las alhajas, objetos preciosos, efectos públicos, bonos, acciones y valores, que a juicio del juez no hayan de estar en poder del tutor, serán depositados en un establecimiento autorizado por la ley para recibir depósitos.

“EL tutor destinará al menor a la carrera, oficio o profesión que éste elija, según sus circunstancias. Si ya habrá iniciado alguna de estas actividades durante la patria potestad, el tutor no puede variarla sin autorización del juez, para lo cual deberá tomarse en cuenta las aptitudes y circunstancias del menor” (Artículo 330 del Código Civil).

El pupilo debe respeto y obediencia al tutor. Este tiene respecto de aquél, las facultades de los padres, con las limitaciones que la ley establece.

EL tutor necesita autorización judicial:

- Para enajenar o gravar bienes inmuebles o derechos reales del menor incapacitado; para dar los primeros en arrendamiento por más de tres

años o con anticipo de renta por más de un año; para hacer o reconocer mejoras que no sean necesarias; para celebrar otra clase de contratos que afecten el patrimonio del pupilo, siempre que pasen de quinientos quetzales.

- Los contratos a que se refiere este inciso , no pueden ser prorrogados;
- Para tomar dinero a mutuo, debiendo sujetarse a las condiciones y garantías que acuerde el juez;
- Para repudiar herencias, legados y donaciones;
- Para transigir o comprometer en árbitros, las cuestiones en que el pupilo tuviere interés;
- Para hacerse pago de los créditos que tenga contra el menor o incapacitado; y,
- Para resolver la forma, condiciones y garantías en que debe colocar el dinero del pupilo.

La venta de valores comerciales o industriales, títulos de renta, acciones, bonos, frutos y ganados, podrá hacerse extrajudicialmente, pero nunca por menor valor del que se coticen en la plaza el día de la venta, lo cual deberá comprobar el tutor al rendir sus cuentas.

El tutor responde de los intereses legales del capital del pupilo, cuando por su omisión, negligencia, quedare improductivo o sin empleo.

El tutor no puede sin autorización judicial, liquidar la empresa que forma parte del patrimonio del menor o variar el comercio o industria a que éste o sus causantes hubieren estado dedicados.

Quedan prohibidos al tutor los actos siguientes:

- Contratar por sí o por interpósita persona, con el menor o incapacitado, o aceptar contra él crédito, derechos o acciones, a no ser que resulten de subrogación legal;
- Disponer a título gratuito de los bienes del menor o incapacitado;
- Aceptar donaciones del expupilo, sin estar aprobadas y canceladas las cuentas de su administración, salvo cuando el tutor fuere ascendiente, cónyuge o hermano del donante;
- Hacer remisión voluntaria de derechos del menor o incapacitados; y,
- Aceptar la institución de beneficiario en seguros a su favor, provenientes de su pupilo.

Tampoco podrá contratar acerca de bienes del menor o incapacitado, por sí o por interpósita persona, los parientes del tutor, salvo que éstos sean coherentes o copartícipes del pupilo.

El tutor no puede reconocer hijos del pupilo, sino con el consentimiento expreso de éste y en ningún caso, los del incapaz, ni consentir expresa o tácitamente las resoluciones desfavorables al pupilo.

Durante el ejercicio de la tutela, el protutor está obligado a defender los derechos del menor en juicio y fuera de él. Cuando estén en oposición con los intereses del tutor; y a promover el nombramiento, cuando proceda la remoción del que la tuviere en ejercicio, o cuando la tutela quede vacante o abandonada.

La tutela y protutela dan derechos a una retribución que se pagará anualmente y que no bajará del cinco ni excederá del quince por ciento anual de las rentas y productos líquidos de los bienes del pupilo.

Cuando la retribución no hubiere sido fijada en el testamento, o cuando sin mediar negligencia del tutor no hubiere rentas o productos líquidos, la fijará el juez, teniendo en cuenta la importancia del caudal del pupilo y el trabajo que ocasione el ejercicio de la tutela. La retribución se distribuirá entre el tutor y el protutor, correspondiente al primero el setenta y cinco por ciento y al segundo el veinticinco por ciento restante.

Cuando el tutor y el protutor hubieren sido removidos por su culpa, no tendrán derechos a recibir retribución alguna.

El tutor está obligado a llevar una contabilidad, comprobada y exacta de todas las operaciones de su administración, en libros autorizados, aun cuando el testador le hubiere relevado de rendir cuentas. Al final de su cargo, presentará una memoria que resuma los actos llevados a cabo.

El tutor deberá rendir cuentas anualmente y al concluirse la tutela o cesar en su cargo.

La rendición anual de cuentas se hará ante el juez con intervención del protutor y la Procuraduría General de la Nación.

La rendición final de cuentas se hará por el tutor o sus herederos, al expupilo o a quien lo represente, dentro de sesenta días contados desde que terminó el ejercicio de la tutela.

El tutor que sustituya a otro está obligado a exigir la entrega de bienes y la rendición de cuentas al que lo ha precedido. Si no lo hiciera, es responsable de los daños y perjuicios que por su omisión se siguieren al pupilo.

Las cuentas deben ir acompañadas de sus documentos justificativos. Sólo podrá excusarse la comprobación de los gastos en que no se acostumbre recoger recibo.

Los gastos de la rendición de cuentas, serán a cargo de menor o incapacitado.

El tutor, concluida la tutela, está obligado a entregar al que fue su pupilo, todos los bienes y documentos que le pertenezcan.

Esta obligación no se suspende por estar pendiente la rendición de cuentas.

El saldo de las cuentas que resultare a favor o en contra del tutor, producirá interés legal.

En el primer caso, desde que el pupilo sea requerido para el pago, previa entrega de los bienes; en el segundo, desde la rendición de cuentas, si hubiere sido rendidas dentro del término legal, y en caso contrario, desde que éste expire.

Las acciones u obligaciones que recíprocamente correspondan al tutor y al expupilo, por razón del ejercicio de la tutela, se extinguen a los cinco años de concluida ésta.

CAPÍTULO II

2. La donación en general

2.1. Definición

“Donación, es el acto por el cual una persona (llamada donante) enajena una cosa, de forma voluntaria, a otra (llamada donatario) que la acepta. La donación es un acto a título gratuito pues el donante no recibe nada a cambio como contraprestación y precisa que el donatario la acepte”⁵.

“La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otro, que la acepta”⁶.

“En el derecho civil, donación es transmisión gratuita y voluntaria, en cuanto al ánimo, y absoluta y definitiva, en cuanto a los efectos patrimoniales, que una persona hace de una cosa, que le pertenece, a favor de otro, que la acepta”⁷.

En conclusión la donación es entregar, los bienes propios de una persona, a otra, sin ánimo de lucro, existiendo la aceptación del donatario.

2.2. Análisis doctrinario

Debido a la naturaleza gratuita de la donación que empobrece al donante y enriquece al donatario, las legislaciones suelen plantear ciertos límites dirigidos a prevenir perjuicios que se puede causar a sí mismo un donante

⁵ Microsoft corporation, **Ob. Cit.**

⁶ Puig Peña, Federico, **Ob. Cit.**, pág. 14.

⁷ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 789.

irreflexivo. Pero sobre todo, se trata de que prevalezcan frente al donatario los intereses de terceras personas que pueden verse perjudicadas por la donación, como son los herederos o los acreedores del donante. Así, el donante puede donar todos los bienes que tenga en su patrimonio siempre que se reserve lo preciso para su propia subsistencia y no perjudique a sus herederos.

También, para proteger al donatario, se suelen exigir determinados requisitos formales para que la donación tenga validez: cuando se trata de un bien mueble, la donación se puede realizar de forma oral pero efectuándose al mismo tiempo la entrega de lo donado, o en caso contrario se formaliza por escrito. Cuando se trata de un bien inmueble, suele requerirse que la donación se realice conforme procedimiento solemne, como es por ejemplo la escritura pública o notarial.

También es posible que ante determinadas circunstancias la donación sea revocada; por ejemplo si el donatario cometiera algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante, o si éste tuviera hijos, aunque sean póstumos, después de la donación o que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto en el momento de donar.

La ley trata también de proteger a terceras personas que puedan verse perjudicadas por el acto que ha realizado el donante. De esta forma, se presumen fraudulentas las donaciones formalizadas por el donante cuando al hacerlas no se hayan reservado suficientes bienes para satisfacer las deudas anteriores a la donación. Es el caso de quien, para evitar embargos de objetos valiosos por unas deudas impagadas, los regala.

Hay varias clases de donaciones. La donación mortis causa es aquella que se hace ante el riesgo de muerte del donante. El donatario sólo adquiere los bienes donados tras el fallecimiento de aquél. La donación modal, con carga u onerosa, es la que impone al donatario un gravamen que debe ser inferior al valor de lo donado pues, de lo contrario, no se trataría en puridad de una donación. Es el caso del donante que regala al donatario una finca pero le exige que entregue todos los años parte de la cosecha al asilo de ancianos del pueblo. Se llama donación remuneratoria a la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no supongan deudas exigibles. El donante agradece y recompensa (no paga) los servicios prestados por el donatario (por ejemplo, los obsequios que se le entregan al médico que jamás quiso cobrar). La donación condicional es la que se plantea dependiendo de que ocurra un determinado suceso dudoso (por ejemplo, cuando se dona un automóvil, pero a condición de que el favorecido apruebe todas las asignaturas de la carrera antes de una determinada fecha).

La palabra donación es susceptible de ser empleada en un sentido amplio o, por el contrario, reflejar un punto de vista estrictamente técnico. En el primer sentido se iguala con cualquier liberalidad, y así, no cabe duda que hay algo de donación en el comodato, en el depósito, en el mutuo sin interés, en el legado, etc. Pero a esta acepción no se refiere la doctrina, cuando trata de construir esta institución jurídica. Entonces, con el fin de referir especialmente los efectos singulares que se produce, exige una mayor atención y cuida de establecer las líneas fundamentales que moldean la figura.

Cuando el ordenamiento jurídico trata de regular la donación (donis actio) ha de considerar dos órdenes de cuestiones divergentes: de un lado ha de reconocer el derecho a que el tribunal disponga de los bienes (onerosa o

gratuitamente) y partiendo de esta premisa ha de alcanzar los nobles afanes de generosidad, el deseo de hacer el bien, benéficos, altruistas, agradecidos, a la par que la gratuidad puede tener intenciones menos nobles: de vanidad, de ambición, de obtener a su vez beneficios, o de recibir honores; pero de otra parte el derecho tiene que poner los medios necesarios para evitar la inexperiencia del donante, sus impulsos irreflexivos que precipiten su generosidad aun con las más nobles intenciones y más aún la esplendidez incontrolada, la dilapidación, el derroche o despilfarro sin freno, la prodigalidad incluso y todavía más los móviles determinantes torpes, inmorales o la captación de la voluntad. Por lo que a lo largo del ordenamiento positivo se hacen constantes referencias a las liberalidades, a los actos gratuitos, a la donación.

Dentro del primer orden de aspiraciones que la ley desea encauzar y proteger puede señalarse: la regulación amplia y matizada de la donación, lo que puede interpretarse en sentido mas favorable al donatario, entendiendlo que hasta que a la aceptación no se pone en conocimiento del donante éste puede revocarla, pero con la aceptación ya la donación existe y produce sus efectos normales e incluso si fallece el donante, sin conocer la aceptación, queda irrevocable; en este sentido, la consideración favorable a la donación obligatoria en un principio, al separar la donación como modo adquisitivo de la propiedad de ciertos contratos mediante la tradición, y regulador de la donación liberatoria o de condonación de deuda, cuyo prototipo es la remisión o condonación; el derecho de aquel a quien se pide la devolución de lo cobrado de no hacerlo si prueba que la entrega se hizo a titulo de liberalidad o por otra causa justa.

Víctor Garrido de Palma, manifiesta “La alegación de oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos cuando el pago se exige por el no obligado legalmente

a prestar alimentos al alimentista que los recibió de aquél; el criterio legal respecto a la donación a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante que no constituyen deudas exigibles al mismo, o el de la donación con carga o gravamen impuesto al donatario: ha de ser inferior al valor de lo donado. El enfoque dado a las donaciones ofrecidas al menor o al pupilo; así como la permisión de las donaciones a los concebidos, e incluso por la vía de la donación con cláusula de reversión en favor de personas distintas de donante con límite de las sustituciones fideicomisarias, la posibilidad de que sean favorecidas quienes ni siquiera se hayan concebido a la muerte del donante y posiblemente cabe considerar factible a pesar del argumento contrarios la donación directa al nasciturus (el no nacido), que puede ser aceptada inmediatamente por sus futuros padres, y el otro orden la consideración de la donación de inmuebles encubierta bajo el manto de compraventa en escritura pública como válida”⁸.

Dentro del segundo orden de cuestiones expuestas cabe poner de relieve aspectos como los siguientes:

- Medidas tendientes a proteger la voluntad del donador, su necesaria reflexión y moderación equilibrada al desprenderse de bienes sin correspectivo, así: la exigencia legal de la capacidad de contratar y disponer; la sanción de nulidad de las donaciones a personas inhábiles; el criterio respecto a las donaciones entre cónyuges; la necesidad de la aceptación por el donatario y de su notificación al donante, lo que revela el carácter contractual con peculiaridades del régimen de la donación; el criterio de la jurisprudencia al poner el acento en el móvil determinante de la donación para considerar válidos actos aislados de gratitud por

⁸ Fundación Tomás Moro, **Ob. Cit.**, pág. 359.

sociedades mercantiles, por no ser incompatibles con el ánimo o fin de lucro o incluso poder coadyuvar a él; exigencia rigurosa de forma respecto de muebles e inmuebles: para su validez; las causas de revocación (por supervivencia de los hijos; por incumplimiento de cargas impuestas al donatario,; condiciones; por ingratitud del mismo, la limitación del ámbito objetivo de la donación a bienes presentes del donante como máximo, y ello con tal que se reserve lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias; la no obligación del donante al saneamiento de lo donado, salvo en la donación por razón de matrimonio, o caso de donación onerosa en que el donante responde a la evicción hasta la concurrencia del gravamen; la posibilidad de reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados o de alguna cantidad con cargo a ellos o la reversión de lo donado en caso de fallecimiento del descendiente donatario; o la prohibición de disponer el donatario; y la necesidad de que en cada caso sea el titular del patrimonio quien pondere méritos, necesidades, afectos para donar o no y con qué extensión en su caso; el considerar que el poder para disponer o para enajenar en general no incluye hacer donaciones.

- Medidas para proteger la voluntad y la necesaria reflexión del donatario a aceptar: así, respecto a las donaciones condicionales u onerosas, no pueden ser aceptadas por quienes no tiene capacidad para contratar sin la intervención de sus legítimos representantes, por lo que a sensu contrario interpretado, sí podrán los incapaces para contratar si tiene capacidad natural al menos aceptar donaciones simples, no condicionales ni onerosas, y en caso del niño o del demente incapaces de consentir, si de hecho se encuentran en poder de lo donado a ellos sin intervención de sus legítimos representantes, hay que entender que el incapaz no está

obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa. A la vez en la donación al concebido: puede ser aceptada por el que legítimamente representaría al “nasciturus” (no nacido), asimismo si ya hubiere nacido, y pueden ser favorecidos quienes ni siquiera están concebidos al fallecer el donante.

- Medidas protectoras del patrimonio del donante en evitación de perjuicios y cumplimiento de deberes familiares: la simple cita del deber de alimentos entre parientes, la invitación de la prodigalidad, o de la reducción por inoficiosidad de las donaciones en perjuicio de las legitimaciones de los herederos forzosos, y la misma existencia del instituto legitimario), bastaría para comprender el sentido de esta protección legal, pero la ley profundiza mucho más: la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para la validez de los actos a título gratuito de bienes gananciales y el que sean los bienes gananciales aunque los gane un sólo cónyuge, o la posibilidad de impugnación de las enajenaciones gratuitas o las realizadas en fraude de los derechos del cónyuge caso de régimen de participación, son ejemplo de lo apuntado, como lo son en otro aspecto, aun enlazado con la atmósfera de vinculación familiar, la reversión “mortis causa” en favor de los ascendientes de las cosas dadas por ellos a sus descendientes si éstos mueren sin posterioridad, y digno de destacarse es, en la vertiente protectora de los derechos de ascendientes y parientes directos: la revocación de la donación por supervivencia de hijos, el rígido criterio del derecho anterior respecto a las donaciones entre cónyuges; la agregación contable de las donaciones al “relictum” a efectos de la justa fijación legítima de los herederos forzosos; la exigencia de colacionar lo recibido por donación u otro título lucrativo, interpretativo de la voluntad del causante de la herencia, son simples muestras de que la ley no olvida los

peligros que la donación puede llevar consigo. Y combinado el interés familiar con el del donante (asegura un posible cambio de voluntad dispositiva) es destacable la interpretación jurisprudencial de la participación practicada por el causante “inter vivos”.

- Medidas legales protectoras de los derechos de los acreedores del donante (*nemo liberalis nisi liberatur*): también basta con recordar la existencia de la acción revocatoria o pauliana, con la presunción de fraude a los acreedores de toda enajenación de bienes a título gratuito, luego afirmada por el legislador caso de quiebra, o con criterio de la antigua “presunción Muciana”, en beneficio de los acreedores, caso de concurso o quiebra de un cónyuge casado en régimen de participación. Además, la protección del cobro de las deudas del donante se trata de completar con medidas como la de presunción de fraude, no perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones que éste otorgue con posterioridad a la fecha del hecho o acto del que nazca el crédito de aquéllos, siempre que carezcan de otros recursos legales para su cobro, o la del no perjuicio a los acreedores por la confesión de privatividad hecha por el cónyuge deudor en favor de su consorte para evitar perjuicio al que lucha “*damno vitando*”, se le prefiere frente al adquirente gratuito (“*lucro captado*”) y así se establece la protección más débil de la fe pública a los adquirentes a título gratuito del titular registral.
- Medidas protectoras del orden social y del interés público: en un mundo donde prevalece el interés, el “*dout des*”, aminorar el patrimonio sin nada a cambio puede infundir sospecha de móviles ilícitos, a veces en contra del interés público piénsese en las limitaciones que la ley impone a las asociaciones en cuanto a la capacidad para recibir donaciones si no son de “utilidad pública” o el criterio jurisprudencial ante el principio “*nemo auditur propiam turpitudine allegans*” respecto a las donaciones con el fin

de tener, prolongar o terminar relaciones inmorales, aplicando el principio general de devolución de lo donado. En otros casos se trata de frenar la amortización de los bienes en contra del principio de libre tráfico de los mismos, aplicando la reversión en favor de personas distintas al donante, la aplicación del límite de las sustituciones fideicomisarias, al igual que si la donación es de la nuda propiedad a una persona y el usufructo a otras. Ello aparte del interés público en que nadie por donar quede en la indigencia.

Los elementos de la donación son: el acto de liberalidad, la disposición gratuita de una cosa y el beneficio adquirido por el tercero, que lo consiente.

- La donación es un acto de liberalidad: Liberalidad, hace referencia a un momento subjetivo, situado en la persona del donante. Pero en la escala de impulsos que pueden mover a éste a realizar la donación, no es dable adentrarse en los más íntimos o remotos sentimiento del donante, en efecto puede actuar movido por una pequeña vanidad, por el temor a la reprobación pública, por el deseo de compensar un servicio anterior, o por el más puro de los designios, donar por voluntad sin esperar recompensas, para que otra persona goce del bien donado.
- La disposición gratuita de la cosa: “Disposición, en sentido económico, supone un acto de desprendimiento patrimonial; es decir, el acto de extraer del patrimonio uno de sus elementos, para que pase a un tercero. Esta disposición supone, en primer lugar, una posibilidad inmediata de disponer, la cual puede ser efectiva o irrevocable”⁹. El término gratuito significa que no medie en el acto la contraprestación de otra parte; si ésta

⁹ Puig Peña, **Ob. Cit.**; pág. 15.

existe, no hay donación. No hay que confundir la gratuidad con la liberalidad, pues ésta, es una referencia objetiva que se proyecta sobre la persona del donatario, ya que éste no tiene que realizar una actividad en contraprestación de la recibida.

- Produce la adquisición de un beneficio patrimonial en el donatario que lo consiente: La expresión legal “disposición gratuita de una cosa a favor de otra que la acepta” refleja la expresión doctrinal de enriquecimiento del donatario. No hay donación sin que el donatario se enriquezca, sin que se verifique un aumento en su patrimonio, correspondiente al desprendimiento, actuando en el patrimonio del donante. Por eso, en las simples concesiones de uso o en las prestaciones de servicios no existe donación, porque no hay aumento patrimonial, a no ser que en virtud de ellos se ahorren gastos que en otro caso tendrían que hacerse.

Los elementos personales de la donación se denominan donante o donador y donatario. El primero es el que hace la liberalidad; y el segundo, quien la acepta. El objeto recibe técnicamente el nombre de cosa donada o donación también, aunque en la vida común sea más frecuente hablar de regalos, sobre todo referido a cosas muebles, sin embargo, no es palabra rechazada por el legislador que la emplea comúnmente. La capacidad del donante es la general para contratar o disponer de los bienes; la del donatario no tiene otro límite que la expresa de gozar de la cosa donada.

2.3. Naturaleza jurídica

Ha sido muy discutida en la doctrina y ha originado actitudes contrapuestas en los legisladores. Para unos constituye un contrato, y por este

criterio se inclinan casi todos los textos legales; para otros se trata de un acto jurídico, sin bilateralidad consensual; y no falta quienes la consideren tan sólo como un modo de adquirir.

“Debido singularmente a los grandes aportes de la doctrina romancista, ha sido muy controvertida la naturaleza jurídica de la donación. Hasta que los formidables juristas germanos Savigni y Puchta formularon su famosa teoría integral, dominó en las escuelas una tradición procedente del propio derecho romano, que consideraba a la donación como uno de los modos de adquirir la propiedad. Este criterio, que perfiló Justiniano en sus Instituciones, no tuvo, sin embargo, aun en la misma Roma, el pleno asentimiento de los jurisconsultos, y posteriormente se hizo observar que, aparte de que la donación no siempre transmite la propiedad, pues caben perfectamente las donaciones obligacionales y las liberatorias, no se puede decir, en puros principios, que el negocio obligacional verifique siempre el transferimiento del dominio, pues si ello es cierto cuando se trata de donación manual, no lo es, en cambio, en el resto de sus aplicaciones, donde no es mas que una justa causa que precisa de la tradición, exactamente igual que la compraventa”¹⁰.

¹⁰ Puig Peña, **Ob. Cit.**; pág. 18.

CAPÍTULO III

3. La donación en la ley civil guatemalteca

3.1. Concepto

El Artículo 1855 del Código Civil, establece que “La donación entre vivos es un contrato por el cual una persona transfiere a otra la propiedad de una cosa, a título gratuito”.

En tal sentido conforme a la ley civil guatemalteca la donación es aquel contrato de transferencia de la propiedad de la cosa a otra persona, donada por el propietario legítimo, sin haber lucro o remuneración, considerándolo como un contrato; tal y como lo plantean la mayoría de juristas.

3.2. Análisis jurídico

El donatario puede aceptar en el momento de la donación o en acto separado. Si aceptare con posterioridad, para el contrato quede perfecto debe notificarse la aceptación al donante en forma auténtica (Artículo 1857 del Código Civil).

La acción contractual de la donación se perfecciona con la aceptación del donatario, es decir, que debe haber aceptación del contrato de lo contrario no tiene validez la misma, dicha aceptación puede darse en el mismo acto cuando el donante otorga la cosa al donatario, o bien, después que el donante le haya donado el o los bienes, pues bien, cuando la aceptación es posterior debe notificarse la misma al donante para que sea perfecto el contrato.

“Si el donante muere antes que el donatario haya aceptado la donación, puede éste, sin embargo, aceptarla y los herederos del donante están obligados a entregar la cosa donada.

Si muere el donatario antes de aceptar la donación, queda ésta sin efecto, y sus herederos nada podrán pedir al donante” (Artículo 1858 del Código Civil).

Si el donante ha realizado la acción contractual de la donación, pero el donatario no aceptó en ese momento la misma, y el donante muere, el donatario puede aceptar la donación con posterioridad a su muerte, y los herederos del donante están obligado a entregar la donación respectiva; caso contrario es cuando el donatario muere antes de aceptar la donación, en este caso el contrato queda sin efecto y los herederos del donatario no pueden pedir la cosa donada.

El Artículo 1859 del Código Civil, estipula que “El donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción correspondería al donante. Este, en cambio, no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa o remuneratoria, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen”.

El donatario sustituye el donante en caso de los pagos que por la cosa tuviere que hacer el donante, en los derechos y acciones por la evicción que le correspondería al mismo, a excepción de donaciones onerosas o remuneratorias.

La donación puede hacerse por medio de apoderado; pero el poder debe designar la persona del donatario y especificar los bienes objeto de la donación y condiciones a que queda sujeta.

La donación que se haga a los menores, incapaces o ausentes, la aceptarán sus representantes legales; pero, cuando se trate de donaciones condicionales y onerosas, deberá preceder autorización judicial, como en el caso de utilidad y necesidad.

La donación de bienes inmuebles debe otorgarse y aceptarse por escritura pública (Artículos 1862 del Código Civil).

Toda donación será estimada; y si comprendiere todos o la mayor parte de los bienes o los más productivos, deberán detallarse en el instrumento en que se otorgue el contrato.

El donatario quedará obligado con los acreedores y alimentistas del donante y con el hijo nacido con posterioridad, solamente hasta el valor de los bienes donados al tiempo de hacerse la donación, si el donante no tuviere medios para cumplir estas obligaciones; pero podrá eximirse de responsabilidad haciendo abandono de los bienes donados o de la parte suficiente para cubrirlas.

La revocación de la donación perjudica a tercero desde que se presentare al Registro la escritura si se tratare de bienes.

La facultad de revocar la donación por causa de ingratitud dura seis meses, contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho que motiva (Artículo 1875 del Código Civil).

El donante que desmejora de fortuna puede reducir la donación en la parte necesaria para sus alimentos.

Si fuere varias las donaciones hechas a diversas personas, la reducción comenzará por la última en fecha y se continuará con la inmediata anterior hasta llegar a la más antigua.

Habiendo diversas donaciones otorgadas en la misma fecha, se hará la reducción a prorrata.

Si no fuere posible la devolución de las cosas donadas, al revocarse, rescindirse o reducirse la donación, el donatario estará obligado a devolver el valor que ha tenido al tiempo de hacerse la donación o la parte de ese valor, según los casos.

Los frutos y productos de las cosas donadas corresponden al donatario hasta el día que se notifique la revocación, rescisión o reducción.

El Artículo 1879 del Código Civil, estipula que “La acción para pedir la reducción o rescisión de la donación dura seis meses, contados desde el día en que sobrevino el motivo de la reducción o rescisión”.

3.3. Clases de donación

La donación entre vivos también puede ser remuneratoria y onerosa, pero este último caso, sólo constituye donación el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deducidos los gravámenes o cargas (Artículo 1856 del Código Civil).

“Donación remuneratoria es la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles. Se rigen por las disposiciones generales de las donaciones en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto”¹¹.

“El donante responde de evicción proporcionalmente al valor de los servicios recibidos del donatario y al de los bienes donados. Como donación remuneratoria típica puede citarse la propina”¹².

“Donación onerosa es la que impone al donatario alguna carga, gravamen o prestación inferior al valor o utilidad que lo donado obtiene; porque, en otro supuesto, de corresponderse lo recibido con lo dado, se estaría ante algún contrato de los conmutativos o frente sus innominado de **dout des** o **do ut facias** (doy para que des o doy para que hagas)”¹³.

En las donaciones onerosas, el donatario quedará obligado por la parte que efectivamente constituye la donación, en los términos del artículo anterior, una vez deducido el monto de las obligaciones impuestas.

¹¹ Cabanellas, **Ob. Cit.**; pág. 794.

¹² **Ibid.**

¹³ **Ibid.**, pág. 793.

La donación gratuita y onerosa en la parte que constituya la donación efectiva, puede ser revocada por causa de ingratitud del donatario. Esta facultad es personal del donante e irrenunciable, y se otorga en los casos siguientes:

- Si el donatario comete algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante, su cónyuge, conviviente de hecho, sus ascendientes o descendientes;
- Por causa o denuncia de algún delito al donante, salvo que el delito se hubiere cometido contra el donatario, su cónyuge, conviviente de hecho, sus ascendientes o descendientes; y
- Por negarse indebidamente a alimentar al donante que careciere de bienes, o si lo desamparare o abandonare cuando estuviere necesitado de asistencia.

La revocación de la donación por ingratitud sólo puede hacerse contra el donatario; sin embargo, si hubiere sido iniciada en vida de éste, podrá continuarse contra los herederos.

Cuando el donatario cause voluntariamente la muerte del donante, se invalida por el mismo hecho la donación.

La revocación que haga el donante por causa de ingratitud, no producirá efecto alguno si no se notifica al donatario o a sus herederos dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que se otorgue la escritura pública de revocación.

El donatario o sus herederos podrán oponerse a la revocación que haga el donante, contradiciendo las causas que éste invoque, para que judicialmente se decida sobre el mérito de ellas.

Queda consumada la revocación que no fuere contradicha dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que sea notificada al donatario o sus herederos.

No son revocables las donaciones remuneratorias, las que hacen con motivo de matrimonio que se ha efectuado y los obsequios que se acostumbra por razones sociales o de piedad.

Si la donación fuere onerosa y el donatario no cumpliera la prestación a que se hubiere obligado, o sin justa causa la suspende o interrumpe, puede el donante rescindir el contrato; sin embargo, si la obligación del donatario consistiere en el pago de una pensión o deuda y hubiere pagado la mitad o más, el donante o sus herederos no podrán rescindir el contrato sino solamente reducir la donación efectiva en cuanto a los bienes que sean necesarios para completar el pago.

3.4. Fines

Estos se constituyen por la relación que se da entre el donante y el donatario, además de la cosa donada.

Para tal efecto se puede decir que los fines de la donación son los siguientes:

- Dar oportunidad que el donatario goce de la cosa donada.
- Donar la cosa sin fines lucrativos.
- Que el donador haga la donación voluntariamente, sin presiones de ninguna naturaleza.
- Que el donatario disponga de los bienes donados sin limitaciones, salvo cuando la donación es remuneratorio u onerosa, donde existen algunas limitaciones.

CAPÍTULO IV

4. Trasplante y donación de órganos y tejidos humanos

4.1. Análisis de trasplante

“Trasplante, transferencia de tejidos u órganos de un individuo a otro. Se ha conseguido con éxito el trasplante de los siguientes órganos: corazón, hígado, riñón, médula ósea, córnea y páncreas. Se han realizado trasplantes de corazón y pulmones de manera conjunta, pero los órganos trasplantados funcionaron durante un corto periodo de tiempo”¹⁴.

Los trasplantes de corazón e hígado se realizan cuando los órganos correspondientes del paciente han sufrido lesiones irreparables, como ocurre en los infartos de miocardio o la cirrosis hepática.

Los trasplantes de córnea se emplean para curar la ceguera, por ejemplo cuando la córnea se ha vuelto opaca o cuando hay una infección tratable por medicación.

En pacientes con diabetes mellitus se han realizado trasplantes de ciertas células del páncreas, pero se trata de una técnica en fase de desarrollo. Los trasplantes de médula ósea se realizan en personas con cáncer de los órganos formadores de sangre (leucemia).

Los trasplantes de córnea y riñón son procedimientos médicos avalados por una gran tasa de éxito, pero también los trasplantes de hígado y de páncreas se están convirtiendo en técnicas cada vez más frecuentes. Los

¹⁴ Microsoft corporation, **Ob.Cit.**

trasplantes de corazón y médula ósea tienen una tasa aceptable de éxito, pero deben ser realizados únicamente en centros médicos muy especializados.

Los principales problemas que se presentan en el trasplante de órganos no proceden de la técnica quirúrgica, sino del rechazo del órgano donado por el sistema inmunológico del receptor. Esto sucede porque todos los tejidos corporales contienen un conjunto de determinantes antigénicos propios de la persona. El sistema inmunológico del receptor considera extraños algunos de estos determinantes antigénicos del órgano donado, y en consecuencia produce una respuesta contra ellos.

El éxito de las técnicas de trasplante depende en gran medida del desarrollo de procedimientos capaces de suprimir de manera transitoria esta respuesta inmune hasta que el órgano trasplantado se establezca en el nuevo huésped. Los fármacos inmunosupresores incluyen los corticoesteroides y sobre todo la ciclosporina. El éxito de los trasplantes también se consigue gracias a los sistemas nacionales e internacionales de selección de parejas donante-receptor, que sean parcialmente histocompatibles. En ocasiones además se emplea la radiación.

“Sin embargo, al suprimir el sistema inmunológico del receptor, el órgano trasplantado es susceptible a las infecciones virales. Éstas son la causa del fracaso de muchos trasplantes, y a veces de la muerte del receptor. Las posibilidades de rechazo son mucho menores cuando el órgano trasplantado procede de un familiar en primer grado, debido a que los determinantes antigénicos son mucho más compatibles, y en el mejor de los casos (gemelos idénticos), exactamente iguales. El sistema de antígenos que determina la posibilidad de rechazo se denomina sistema HLA, y la búsqueda de

compatibilidad donante-receptor se estudia a través de este sistema. En los trasplantes de hígado, las dificultades técnicas en la intervención son también responsables de los fracasos, pues son multitud los conductos y vasos sanguíneos que deben volverse a conectar”¹⁵.

La probada habilidad de los virus para pasar de una especie a otra también es causa de preocupación en otro ámbito: la propuesta de utilizar cerdos u otros mamíferos como donantes en los trasplantes de órganos. Los investigadores temen que, en caso de utilizar órganos de cerdo en los trasplantes, los virus que existen de manera permanente en los cerdos sin causar ninguna enfermedad, puedan provocar enfermedades e iniciar nuevas epidemias en seres humanos infectados.

El páncreas tiene una secreción exocrina y una endocrina. La secreción exocrina está compuesta por un conjunto de enzimas que se liberan en el intestino para ayudar en la digestión: es el jugo pancreático. La secreción endocrina, la insulina, es fundamental en el metabolismo de glúcidos en el organismo. La insulina se produce en el páncreas en grupos pequeños de células especializadas denominadas islotes de Langerhans. Cuando estas células no producen insulina suficiente se origina una diabetes. En 1968 fueron realizados los primeros trasplantes en cuatro diabéticos utilizando órganos de cadáveres. Los trasplantes de páncreas conllevan enormes dificultades, y sólo uno de cada diez transplantados sobrevive más de un año a pesar del uso de fármacos como la ciclosporina.

¹⁵ Hernández, Aniorde N., **Donación de órganos. Manejo y mantenimiento del donante**, pág. 234.

4.2. Análisis de la donación de órganos y tejidos humanos

De las donaciones de órganos en vida, la más común es de riñón. Por lo general, en estos casos, se trata de trasplantes dentro de la misma familia, a un padre, un hijo, un hermano o a un amigo cercano.

Está comprobado que para tener una vida normal, el ser humano sólo necesita de un riñón, con lo cual el riesgo para el donante es mínimo. Una gran ventaja del trasplante de riñón dentro de la misma familia es que, las posibilidades de éxito son muy altas, y además, la cirugía se puede realizar a conveniencia de ambas partes. Pero cuando no existe compatibilidad dentro de la familia, el paciente tiene que inscribirse en la lista de espera para un riñón y precisamente en estos momentos, cerca de 10 mil hispanos están a la espera de uno.

A unas semanas del trasplante ya se puede notar la diferencia en el color de la piel y poco a poco recobra las características de su edad.

En la actualidad no sólo es posible la donación de riñón de vivo a vivo, también se pueden realizar trasplantes de este tipo considerando uno de los pulmones, segmentos del páncreas o del hígado.

"Hoy en día están haciendo lo que le dicen trasplante de hígado viviente. Y lo que sucede en ese proceso es que una persona que está completamente saludable puede decidir dividir, entregarle mitad de su hígado a su mamá, su hermana, su primo, su amistad"¹⁶.

Un solo donante puede salvar la vida de 8 personas y mejorar las condiciones de salud de más de 50 con los trasplantes de órganos, córnea,

¹⁶ Vega, Debbie, **Organización latina para la vida**, pág.88.

huesos, piel y otros tejidos. De esta forma, el hecho trágico de perder a un ser querido, a través de la donación de órganos, se puede transformar en un milagro de vida para muchas personas.

Pero tratar la donación de órganos en momentos tan delicados como cuando se comunica a una familia que su ser querido ha fallecido, es sumamente difícil. Por eso se recomienda haber conversado sobre este tema con anterioridad.

En los Estados Unidos, existen más de 85 mil personas en la lista nacional de espera por un trasplante. Un 50 por ciento son grupos minoritarios y de éstos, los hispanos son el 15 por ciento.

El mantenimiento del donante cadáver, supone un sobre esfuerzo tanto asistencial como emocional, pero ello debe ser asumido como importante y necesario. No se puede olvidar los miles de pacientes que gracias a un trasplante son portadores de una mejor calidad de vida o que simplemente gracias a ello hoy aún están vivos.

Un solo donante de órganos y tejidos, tiene un inmenso valor sanitario, desde el punto de vista asistencial puede favorecer la posibilidad de varios trasplantes y desde el punto de vista económico significa el ahorro de cientos de miles de dólares.

La donación de órganos o tejidos puede ser efectuada por un donante vivo o por un donante cadáver.

En el primer caso, con donante vivo, es generalmente realizado entre familiares y con preferencia entre aquellos genéticamente emparentados, se donan tejidos regenerables como medula ósea o sangre o bien órganos como

riñón o segmento lateral hepático (órganos no considerados imprescindibles, u órgano dobles sin el cual la falta de uno no impide llevar una vida normal).

En el caso de trasplante con donante cadáver, se debe señalar que se considera donante a toda persona que no haya manifestado en vida oposición expresa a la donación, por ello se debe valorar a todo cadáver como posible donante de órganos y tejidos. La muerte puede sobrevenir por Paro Cardio Respiratoria definida como el cese irrecuperable de todas las funciones cardio-respiratorias del individuo o bien por la Muerte Cerebral definida como el cese irreversible de todas las funciones del tronco y hemisferios cerebrales, la interrupción de dichas funciones conlleva una pérdida absoluta de la capacidad respiratoria y cardiocirculatoria, que son mantenidas de una forma automática y artificial.

Ya que la viabilidad futura de los órganos y tejidos va a depender en gran medida de la capacidad de los mismos para soportar la isquemia sin daño tisular, tendremos que valorar la donación según este parámetro. Por tanto, según la situación en la que se produzca la muerte, se considera la donación de los diferentes órganos y tejidos, se puede realizar así la siguiente clasificación:

Donante en muerte cerebral, podrá donar los siguientes órganos: riñones, corazón, pulmones y páncreas y los siguientes tejidos: corneas, piel, huesos, ligamentos y tendones, válvulas cardiacas y tímpano.

Donantes fallecidos por paro cardio respiratoria, deberán ser valorados como donantes de tejidos, en caso de que se encuentren en isquemia caliente (fallecimiento muy reciente) deberá ser valorados como donantes renales.

Se debe establecer de forma clara y precisa la causa de la muerte, realizar una revisión completa de la historia clínica y valorar las contraindicaciones absolutas y relativas, realizar y mantener una perfusión y una oxigenación tisular adecuada y llevar a cabo las determinaciones analíticas y pruebas complementarias pre-extracción.

Aunque para cada órgano a trasplantar se podría hablar de unas contraindicaciones específicas, como por ejemplo para el donante de corazón no ser mayor de 45 años, se puede generalizar y hacer una relación de las contraindicaciones absolutas y contraindicaciones relativas para la donación. Así pues, entre las contraindicaciones absolutas para la donación se pueden citar:

Infeción generalizada.

HIV o pertenencia a un grupo de alto riesgo.

Neoplasias malignas de cualquier localización.

Enfermedad vascular arteriosclerótica generalizada.

Enfermedades sistémicas con repercusión sobre los órganos a trasplantar.

Entre las contraindicaciones relativas a tener en cuenta se pueden señalar:

Edad superior a 70 años.

Hipertensión arterial.

Diabetes mellitus.

Tratamientos de larga evolución con fármacos que lesionen algún órgano concreto.

Previo a la donación se debe realizar el diagnóstico de muerte encefálica, para ello se deben cumplir los siguientes catorce requisitos:

- Pupilas medias o dilatadas.
- Ausencia de reflejo fotomotor.
- Ausencia de movimientos oculares.
- Ausencia de parpadeo espontáneo.
- Ausencia de reflejo corneal.
- Ausencia de movimientos faciales.
- Ausencia de movimientos musculares espontáneos.
- Ausencia de reflejos oculo vestibulares.
- Ausencia de reflejos oculocefálicos.
- Ausencia de reflejo nauseoso.
- Ausencia de reflejo tusígeno.
- Ausencia de respuesta a la atropina.
- Ausencia de respiración espontánea.
- Pueden existir reflejos espinales.

Para llevar a término y con éxito la donación, se deben llevar a cabo y conseguir los siguientes objetivos ante el posible candidato a la donación de órganos:

Mantenimiento de la estabilidad hemodinámica, mantener la perfusión y funcionamiento de los órganos que van a ser trasplantados.

Mantenimiento de una adecuada oxigenación.

Mantenimiento de la temperatura corporal superior a 35°C.

Mantenimiento de ionograma en límites normales y glicemia.

Por último se debe hacer mención que se consideran centros de extracción y/o trasplante a aquellos hospitales que posean la acreditación necesaria por parte de las autoridades administrativo-sanitarias para el ejercicio

CAPÍTULO V

5. Análisis del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala

5.1. Análisis jurídico

La Ley Para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos (Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala), promulgada el trece de noviembre de mil novecientos noventa y seis, recoge principios inequívocamente promotores de la donación de órganos, como la gratuidad para el receptor de los órganos, la prohibición de cobrar por la donación, el consentimiento presunto del fallecido y el criterio de igualdad- no se admiten discriminaciones por sexo, raza, edad o condición socioeconómica- para los receptores de los órganos donados.

A la vista está que no se carece de motivos para el orgullo de la situación en que se encuentra la donación de órganos en Guatemala. La legislación vigente al respecto, demuestra el carácter solidario y desprendido de los guatemaltecos en esos momentos tan dramáticos que siguen a la muerte de un ser querido, pero ello no obsta para que la situación pueda, e incluso necesite, mejorar.

La ley en referencia es bien intencionada, aunque tiene algunas normas que parecen no ajustarse a la realidad y voluntad del donante.

Los considerandos de la misma llevan a entender la protección que hace el Estado de la salud de sus habitantes.

Así se puede apreciar que el Estado tiene la obligación de velar por la salud de sus habitantes, desarrollando acciones que tiendan a promover, rehabilitar y recuperar la salud de las personas, para lo cual es indispensable la emisión de instrumentos legales que faciliten el logro de tales fines.

La ley para la disposición de órganos y tejidos humanos constituye un avance científico de beneficio para la salud y bienestar de la humanidad, por lo que su utilización con fines terapéuticos, de docencia o de investigación debe normarse tratando de cumplir con las medidas delineadas por los comités mundiales y locales de bioética.

En la actualidad el gremio médico que se encuentra trabajando en trasplantes de córneas y riñones está amparado legalmente en los Acuerdos Gubernativos números 740-86, 741-86 y en el Decreto Número 52-72 del Congreso de la República de Guatemala, que regulan el banco de ojos, pero atendiendo a los avances que se han hecho en materia de trasplantes en la última década, es necesario que en cualquier modificación que se intente hacer a los acuerdos existentes es ideal que se incorporen las modificaciones pertinentes.

Se ha demostrado estadísticamente que en los países donde se carece de legislación adecuada, las probabilidades que exista tráfico ilegal de órganos es mayor, de tal manera que aunque en Guatemala afortunadamente no se ha establecido este problema, es importante legislar y reformar los acuerdos y decretos sobre donaciones.

Debe permitirse a la población guatemalteca sin distinción de raza, clase o religión, la oportunidad de obtener el beneficio de un trasplante de órganos.

Deben reafirmarse por medios legales los instrumentos que respaldan la protección de los derechos humanos de menores de edad, individuos privados de su libertad, minusválidos mentales, etc., mediante la ley.

El Artículo uno de la citada ley, estipula que “Corresponde al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social la aplicación de la presente ley y su reglamento, así como la programación, coordinación, supervisión y evaluación de las actividades reguladas en la misma”.

Según el Decreto 91-96 del Congreso de la República de Guatemala, se entiende por “disposición de órganos y tejidos humanos”, la cesión, extracción, conservación, suministro y utilización de órganos y tejidos de seres humanos o de cadáveres, para ser utilizados con fines terapéuticos.

Todas las personas mayores de 18 se considerarán, como donadores potenciales de órganos y tejidos.

Se entiende por trasplante, el acto quirúrgico mediante el cual se traslada un órgano sano a una persona que se encuentre sufriendo de una deficiencia orgánica.

Se entiende por donación de órganos o tejidos, la cesión hecha por la persona en forma voluntaria expresa y escrita. Esta donación puede ser para que en vida se disponga de un órgano o tejido, o para que en caso de muerte se tomen de su cadáver para su utilización. En este último caso, cuando la donación fue efectuada por el individuo en el pleno uso de sus facultades, no podrá ser revocada por los parientes del donador. Se entiende por parientes los comprendidos entre el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La donación de órganos o tejidos implica la extracción de los mismos y de las partes que con ellos se relacionen, así como los tejidos que sean necesarios, a efecto de que el trasplante tenga éxito.

Para el trasplante de órganos par o tejido entre personas en vida, se requiere del consentimiento de ambos en forma expresa y escrita.

La donación de órganos y tejidos para trasplante será siempre gratuita. Las personas privadas de su libertad podrán otorgar su consentimiento para utilización de sus órganos y tejidos con fines terapéuticos, solamente cuando el receptor sea cónyuge, concubinario, concubina, hijos o familia comprobado legalmente. Las personas físicas y mentalmente incapaces, los que se encuentren en estado de inconsciencia, las mujeres embarazadas y los menores de edad, en ningún caso podrán donar órganos o tejidos.

Terminantemente es prohibida la venta y comercialización interna de cualquier órgano o tejido. Los infractores serán sancionadas según lo establecido en el Código de Salud, sin detrimento de las sanciones penales que pudieren aplicarse.

Cuando el posible donador esté enmarcado dentro de un caso médico legal, la obtención de órganos y materiales anatómicos para fines terapéuticos de trasplante se podrá realizar una vez que el médico forense designado para tal caso haya practicado al posible donador los procedimientos que fuesen necesarios para el efecto de la investigación judicial. El médico forense puede autorizar el retiro de los órganos y materiales anatómicos, considerando dichos procedimientos como parte del protocolo de autopsia, siempre y cuando se considere que no afectarán sus estudios y conclusiones.

Para el transplante de órganos y tejidos de seres humanos o de cadáveres, es requisito indispensable contar con el dictamen favorable de médicos cirujanos que tengan la calidad de colegiados activos y reconocidos como especialistas en la materia por el Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala.

Por donador vivo se entiende a la persona civilmente capaz, que libremente disponga de un órgano par o tejido para efectos de transplante.

El donador vivo deberá reunir los siguientes requisitos:

- Ser mayor de edad y civilmente capaz;
- Presentar dictamen médico favorable;
- Demostrar compatibilidad con el sujeto receptor en las pruebas médicas;
- Haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación, tanto para el donador, como las probabilidades de éxito para el receptor;

Receptor. Se entiende por receptor a la persona a quien se transplantará un órgano o tejido procedente de otra persona o de cadáver.

El receptor deberá reunir los siguientes requisitos:

- Sufrir deficiencia en órganos o tejidos que pueda tratarse de manera eficaz por transplante;
- Ausencia de otras enfermedades que predeciblemente interfieran con el éxito del transplante;

- Preferentemente ser menor de 55 años, aunque la edad es una limitante relativa, quedando a criterio del grupo de médicos especialistas en la materia la factibilidad de efectuar un transplante;
- Haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación para el donador y probabilidades de éxito para el receptor;
- Demostrar compatibilidad con el sujeto donador en las pruebas médicas;

La selección de donadores y receptores de órganos y tejidos para trasplante, se hará por médicos y cirujanos especialistas en la materia reconocidos como tales por el Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala.

Se entiende por Banco de Órganos y Tejidos al establecimiento médico que tenga por finalidad primordial la obtención de órganos y tejidos para su conservación y suministro, para efectos terapéuticos.

Los bancos podrán ser de carácter público del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social o del Seguro Social. Estarán bajo la responsabilidad del coordinador designado por el comité de transplantes de la institución sede del banco.

El Ministerio de Salud solamente podrá autorizar el funcionamiento de bancos de órganos en hospitales que realicen transplante del órgano u órganos, o aquellos bancos que se encuentren adscritos a este tipo de hospitales, para la cual se hizo la solicitud respectiva.

Los bancos sólo podrán funcionar con la correspondiente autorización escrita del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social que se otorgará una vez sean satisfechos los requisitos establecidos, en cuyo caso extenderá el

certificado de acreditación correspondiente, que tendrá vigencia por un año y podrá prorrogarse por períodos iguales, previa comprobación de que se cumple con lo establecido en la ley.

Para obtener la autorización, se presentará al Ministerio de Salud; una solicitud en triplicado avalada por el órgano administrativo que legalmente corresponda con los siguientes datos:

- Denominación;
- Nombre del representante legal, en caso de ser persona jurídica;
- Nombre del médico y cirujano especialista, según el tipo de banco, con calidad de colegiado activo, que actuará como responsable;
- Capacidad técnica de la institución hospitalaria a la que se encuentra integrado;
- Nombres, cargos de las personas que integran la organización del banco respectivo, según lo establezca el reglamento correspondiente;
- Recurso humanos, físicos y financieros con que principiará su funcionamiento y
- Los demás que establezca el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

A la solicitud adjuntará la documentación necesaria para comprobar la información proporcionada.

Presentada la solicitud y previa inspección, el Ministerio de Salud emitirá el dictamen respectivo para proceder a su inscripción correspondiente, extendiendo el certificado de acreditación respectivo.

Podrán establecerse bancos de órganos y tejidos de:

- Córneas y esclerótica;
- Corazón;
- Hígado;
- Hipófisis;
- Huesos y cartílagos;
- Médula ósea;
- Páncreas;
- Paratiroides;
- Pulmón;
- Piel y faneras;
- Riñones;
- Tímpanos;
- Vasos sanguíneos; y,
- Los demás que autorice el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social

El Ministerio de Salud establecerá el Registro Nacional de Transplante, cuyos fines serán estudiar, conocer y proporcionar información de todos los aspectos relacionados con la disposición de órganos y tejidos de seres humanos o de cadáveres, que se llevan a cabo en las diferentes instituciones.

Para los efectos de estadística médica las instituciones autorizadas a que se refiere la ley, trimestralmente rendirán un informe de las actividades a la Dirección General de Servicios de Salud, que llevará el Registro Nacional de Trasplantes, incluyendo un resumen clínico, técnica empleada, evolución y resultado de los trasplantes practicados.

Cadáver humano para los efectos de la ley, se entiende por cadáver, el cuerpo humano que cumpla criterios de muerte cerebral que se describen así:

- Coma profundo sin respuesta a estímulos;
- Apnea;
- Ausencia de reflejos cefálicos;
- Ausencia de reflejos espinales;
- Electroencefalograma isoelectrico que no se modifique con estímulo alguno.
- Ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de alcohol, barbitúricos, bromuros, hipotermia;
- Para la condición aplicable contenida en los incisos interiores, las circunstancias deberán persistir durante veinticuatro horas como mínimo;
- Cualquier otro recurso de diagnóstico que la tecnología médica pueda aportar.

Para los fines de la ley, se considera también cadáver el cuerpo humano que tiene todos los signos de muerte cierta.

Son considerados también donantes en la categoría de “cadavéricos”, los neonatos anencéfalos por transplante de anomalía congénita más común incompatible con la vida y que con soporte médico básico puede dar oportunidad para obtener y utilizar los órganos de una manera útil y efectiva. Para establecer diagnóstico de anecefalia, es necesario que al momento del nacimiento se presenten los siguientes criterios:

- Ausencia de bóveda craneana;
- Cerebro expuesto y amorfo;

- Falta de Hemisferios cerebrales;
- Tallo cerebral y núcleos basales visibles en la base del cráneo;

Para los fines especificados, los cadáveres se clasifican así:

- De personas conocidas; y
- De personas desconocidas.

Los cadáveres no reclamados dentro de las 72 horas siguientes al diagnóstico de muerte cerebral serán considerados dentro del grupo de personas desconocidas.

Utilización de cadáveres. Para la utilización de un cadáver para fines de transplantes se requiere:

- Consentimiento prestado de vida y no revocado;
- Consentimiento de los parientes dentro de los grados de ley, en ausencia del consentimiento prestado de vida. Sólo podrá prestarse el consentimiento después de lo ocurrido el fallecimiento, conforme lo estipulan los Artículos 26 y 27 del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República.

En los casos de personas desconocidas, no se requiere permiso alguno para la disposición de los cadáveres humanos para fines de transplante, investigación o docencia.

Podrán utilizarse para fines científicos y docentes, los cadáveres de las personas cuyos parientes autoricen por escrito y también de quienes fallezcan

en establecimientos asistenciales del Estado o del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, o aquellos que no fuesen reclamados por sus deudos y de quienes en las mismas condiciones se encuentren en el Departamento de Medicina Forense del Organismo Judicial, siempre que se cumplan los requisitos y disposiciones sanitarias y se inscribirán la defunción en el Registro Civil de la localidad. Los órganos viables que se obtengan de dichos cadáveres, podrán también conservarse en los bancos de órganos respectivos.

Las facultades de medicina del país y las instituciones hospitalarias que usen cadáveres para fines de docencia, deberán cumplir los requisitos que el reglamento específico que se elabore estipule sobre las condiciones en que deben operar los anfiteatros y las condiciones en que deben trasladarse los cadáveres y/u órganos.

Las instituciones mencionadas, llevarán un registro en el que se anotará el número de cadáveres recibidos y autorizados para los efectos de docencia y serán responsables del uso adecuado y ético de los cadáveres.

El Ministerio de Salud podrá dictar medidas de seguridad en caso que se detecte que existe violación a las disposiciones de la ley y los reglamentos respectivos o el fundamento inadecuado o anómalo de un banco de órganos. Para tal caso podrá proceder con las siguientes medidas:

- La suspensión de disposición de órganos y tejidos de seres humanos o de cadáveres;
- La clausura temporal, parcial o total de bancos de órganos y tejidos de seres vivos;
- Las demás medidas que determinen el Ministerio de Salud.

La clausura será total cuando resulte que la institución en su unidad representa un grave peligro para la salud de donadores o receptores. La clausura parcial se limitará a la sección o secciones donde se origine el peligro.

El Ministerio de Salud está facultado para retener y confiscar órganos y tejidos, instrumentos, equipo, substancias, productos o aparato, cuando se presuma que pueden ser nocivos a la salud del donador o receptor, por falta de observancia de las normas de la ley o del Código de Salud; para el efecto correrá audiencia por veinticuatro horas a la institución o persona que resulte como infractor.

Las medidas decretadas anteriormente se mantendrán por el término que fije la autoridad administrativa correspondiente y durante el cual se comprobarán los extremos del caso. Si la resolución es desfavorable, se procederá al decomiso o destrucción según el caso. Cuando se establezca la necesidad de aplicar una o más medidas de seguridad, el Ministerio de Salud y Asistencia Social las ejecutará de inmediato, para lo cual requerirá del propietario o encargado del lugar o establecimiento para que presente su colaboración voluntaria. En caso de oposición, el Ministerio de Salud y Asistencia Social podrá hacer uso de las medidas legales a su disposición.

CAPÍTULO VI

6. Necesidad de la donación de órganos y tejidos para menores

6.1. Autorización de los padres o tutores

Los padres o tutores de los menores son los señalados por la ley para el cuidado y manutención de los menores, por tal motivo en vida deben promover la educación y alimentación de los mismos, pero además deben proveerles vestuario, vivienda y salud.

En el derecho infantil, la legislación está destinada a proteger los derechos del menor. En el marco de la ley, los niños están considerados bajo dos aspectos: en cuanto individuos, siempre han gozado de una posición especial, en particular en lo relativo a lo que se les consiente hacer. Dentro de la familia, sin embargo, se ha tenido que esperar hasta el siglo XX para que el Derecho interviniera en sus vidas, ya que en otro tiempo eran los padres (y el padre por regla general) los que regían las vidas de sus hijos.

En la mayor parte de los sistemas legales desarrollados, los intereses del menor prevalecen sobre cualquier otra cuestión. La relación entre padres e hijos queda reflejada en el plano legal en la expresión 'responsabilidad de los padres' para con el hijo, responsabilidad que conlleva una serie de obligaciones, como la educación del hijo y la decisión de a qué escuela va, aunque el énfasis primordial recae sobre el deber de criar al niño. Esto amplía la postura legal anterior más elemental —el deber que existe en Derecho penal a no dañar ni descuidar a un niño— a todos los aspectos asociados a la condición de ser padres. Desde el momento en que los padres reconocen a su hijo, adquieren esta responsabilidad, y la seguirán teniendo aunque se divorcien o separen. En

caso de conflicto, aunque no esté reconocida por la ley esta responsabilidad, se puede acudir a un tribunal para solicitar que se otorgue el reconocimiento. Si el hijo es ilegítimo, la responsabilidad corresponde sólo a la madre, aunque el padre puede acudir a un tribunal para pedir que se le otorgue esta responsabilidad

En cuanto a la donación de órganos y tejidos humanos, no es justo que los padres de familia o el tutor puedan disponer de los órganos del menor en vida, pues esta facultad sólo le compete a la persona mayor de edad y en forma voluntaria. Pero en el caso del cadáver del hijo, el padre debiera tener autorización para donar los órganos y tejidos del mismo cuando ha fallecido, pues esta disposición daría oportunidad para que otros niños sobrevivan o puedan valerse por sí mismos sin ninguna limitación.

6.2. Donación de órganos y tejidos del menor fallecido

Cada año centenas de personas nacen ciegas o llegan a estar ciegas por daño a la córnea, la capa que cubre el ojo. La vista se puede restaurar con un transplante de córnea. Esta cirugía reemplaza la córnea dañada con una sana. El transplante de la corneas es una operación común, hecha en recién nacidos, o adultos o en personas mayores de edad. El año pasado, en Estados Unidos, más de 43,000 personas recuperaron la vista gracias a las familias que eligieron donar ojos. El transplante de corneas le ofrece a niños y adultos la oportunidad de tener una vida normal al recuperare la vista.

Los niños que nacen con inmunodeficiencias celulares graves son incapaces de producir linfocitos, las células que ayudan al organismo a combatir infecciones. Frente a la ausencia de linfocitos normales y de una función

inmunitaria normal, estos niños pueden experimentar infecciones repetidas y con frecuencia, infecciones que ponen en peligro sus vidas. Los linfocitos (descendientes de las células troncales) pueden reponerse mediante un trasplante de células troncales. El trasplante se facilita por la deficiencia del receptor en células inmunitarias. Esto hace que sea poco probable que el receptor rechace las células troncales del donante. Por lo tanto, este tipo de trasplante no requiere un tratamiento previo intensivo (*acondicionamiento*) del receptor con radiación o *quimioterapia* para deprimir el sistema inmunitario.

En la legislación mejicana “En vida pueden ser donadores hombres entre 18 y 60 años, aunque han existido donadores de más de 60 años, que se encontraron en buen estado de salud y fueron aceptados, en este caso se debe tener un parentesco por consanguinidad, afinidad o civil.

Después de la vida, se consideran a personas de entre 2 meses a 90 años de edad, claro que la donación va a depender de la valorización de los médicos si existen tejidos u órganos sanos. En el caso de los menores de edad podrán donar tejidos músculo-esquelético y córnea, en tanto sea autorizado por los padres del menor”¹⁷.

“No podrán ser donantes en vida los menores de edad aunque cuenten con el consentimiento de los padres o tutores. En caso de fallecer, sí pueden ser donantes siempre y cuando sus padres o tutores legales no hagan constar su oposición”¹⁸.

La salud el regalo mas preciado de la vida, sin esta es difícil disfrutar al máximo todos los acontecimientos especiales en los que ríes, juegas, amas,

¹⁷ difusion@bairestrasplante.com.ar (México, 31 demarzo 2004).

¹⁸ (<http://www.msc.es/profesional/trasplantes/informacion/>) (México, 2 de abril 2001).

sientes, sueñas, anhelas, viajas y demás momentos que se nos presentan en la vida.

Para quien goza de buena salud es casi imposible percibir el dolor, ansiedad, depresión e impotencia que padece un enfermo; lo que si es imposible de creer es que existiendo la manera de salvar múltiples vidas, esta oportunidad se desperdicie por falta de información o desconfianza, al negarnos a donar nuestros órganos a nuestra muerte o a la muerte de algún familiar, sin pensar que un ser querido nuestro o nosotros podríamos estar en la misma situación de ese enfermo, en un futuro.

Donar o recibir un órgano parece estar lejos del entorno social cuando en la vida todo marcha bien con la salud propia y la de la familia, pero es bien conocido que la salud no es para siempre y que no se está exento a perderla. La donación de órganos y tejidos humanos no es un simple problema de doctores y algunos enfermos; esto es un problema de carácter moral que envuelve a toda la sociedad, y debido a que concierne a la sociedad, concierne de igual manera a las leyes que nos rigen.

Por tal motivo se hace necesario reformar la ley de donación de órganos y tejidos humanos, afín de darle la facultad a los padres o tutores de los menores de edad para que puedan donar los órganos del niño para dar vida a otros niños guatemaltecos que se están muriendo a falta de un órgano, y otros que se encuentran postrados en sillas de ruedas por falta de un tejido humano. Si el menor ha muerto sería moralmente aceptable que los órganos del fallecido sean donados por sus padres o tutores en bien de la niñez enferma.

6.3. Análisis del Artículo 8 del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala

El Artículo 8 de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, estipula: “La donación de órganos y tejidos para trasplante será siempre gratuita. Las personas privadas de su libertad podrán otorgar su consentimiento para la utilización de sus órganos y tejidos con fines terapéuticos, solamente cuando el receptor sea cónyuge, concubinario, concubina, hijos o familiar comprobado legalmente. Las personas física y mentalmente incapaces, los que se encuentran en estado de inconsciencia, las mujeres embarazadas y los menores de edad, en ningún caso podrán donar órganos y tejidos”.

En consecuencia la ley no otorga libertad o facultad a los padres o tutores de menores para que puedan donar los órganos de sus pupilos estando muertos, pues el Artículo en referencia es claro al determinar que los menores en ningún caso pueden donar sus órganos y tejidos.

En tal sentido se hace necesario reformar el Artículo citado dando autorización a los padres o tutores para donar los órganos y tejidos del menor fallecido, pues es claro que esos órganos y tejidos serán necesarios para trasplantarlos a otro menor que los necesita.

La donación de órganos y tejidos de menores fallecidos se haría en un acto de caridad hacia menores enfermos, pues es claro que un menor fallecido no necesita de los mismos, sin embargo los puede necesitar otro menor para evitar que muera y que pueda llevar una vida normal. Si en otras legislaciones autorizan a los tutores y padres de menores muertos a donar sus órganos y tejidos, es necesario que Guatemala haga acopio de las ventajas que representan.

6.4. Proyecto de reforma de ley

PROYECTO DE REFORMA

PROYECTO LEGISLATIVO PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 8 DE LA LEY PARA LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS

ORGANISMO LEGISLATIVO

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO _____

El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que la necesidad de reformar la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, sobre los motivos de la donación de órganos y tejidos de menores cuando hayan fallecido, facultando a los padres o al tutor para que pueda autorizar la donación, es justa en la legislación guatemalteca, para dar beneficios a otros menores que necesitan de un órgano para sobrevivir o de un tejido humano para llevar una vida normal, y evitar que muchos menores fallezcan por falta de un órgano humano de otro menor fallecido, en virtud de que la ley correspondiente no establece este beneficio para menores;

CONSIDERANDO:

Que siendo la donación un acto de voluntad y de caridad, por la cual la persona dona sus órganos o tejidos para que otros sobrevivan, dando su consentimiento propio en los mayores de edad, es necesario facultar a los

padres biológicos, del menor de edad, para que den su consentimiento para que los órganos y tejidos del mismo puedan ser extraídos y trasplantados a otro menor que los necesite, la misma facultad es para el tutor del menor bajo su cuidado, se hace necesario tener la plena seguridad que la donación de los órganos y tejidos de un menor fallecido, siendo esta una institución social que vela por el mejoramiento en la calidad de vida del menor.

CONSIDERANDO:

Que el Estado debe velar porque las disposiciones que regulan la donación de órganos y tejidos humanos sean en forma contundentemente claras y cumplan fielmente su cometido, para darle las mayores facilidades a los menores de convivencia y un futuro prometedor, que redunden posteriormente en ciudadanos sanos y responsables, evitando que la familia del menor que necesita un órgano o tejido se aparte del niño procreado y tenga que sobrevivir solamente esperando la muerte, y que el Estado está obligado a velar por la seguridad y el bienestar de los menores guatemaltecos;

CONSIDERANDO:

Que para cumplir plenamente con la institución social de la donación, sus lineamientos, formalidades y responsabilidades, que garanticen la legítima donación, es necesario construir un andamiaje jurídico acorde a la finalidad de satisfacer las necesidades del donante y del donatario, en una forma mucho más veraz, para que el menor tenga las ventajas de ser una persona útil a la sociedad, y se le proporcione un estándar de vida normal y el mismo sea tratado en forma humana y como un niño sano, se hace necesario reformar lo relativo a la donación de órganos y tejidos humanos de menores fallecidos.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala;

DECRETA:

La siguiente

**REFORMA AL ARTÍCULO 8 DEL DECRETO LEY NÚMERO 91-96 DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, LEY PARA LA
DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS**

ARTÍCULO 1. Se reforma el Artículo 8, el cual queda así:

"Artículo 8. Donación gratuita. La donación de órganos y tejidos para trasplante será siempre gratuita. Las personas privadas de su libertad podrán otorgar su consentimiento para utilización de sus órganos y tejidos con fines terapéuticos, solamente cuando el receptor sea cónyuge, concubinario, concubina, hijos o familiar comprobado legalmente. Las personas física y mentalmente incapaces, los que se encuentren en estado inconsciencia, las mujeres embarazadas y los menores de edad, en ningún caso podrán donar órganos o tejidos. Los padres o tutores de menores podrán autorizar la donación solamente en los casos que el menor fallezca".

**PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN
Y PUBLICACIÓN.**

**DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO EN LA CIUDAD
DE GUATEMALA A LOS... DÍAS, DEL MES DE... DEL AÑO DOS MIL...**

CONCLUSIONES

1. La Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos guatemalteca, no regula la donación de órganos y tejidos cuando el menor ha fallecido.
2. La donación de órganos y tejidos humanos es un acto de caridad que se da a una persona que le falta un órgano para sobrevivir o un tejido para llevar una vida normal.
3. La ley da ventajas al mayor de edad, pues únicamente estas personas pueden donar sus órganos en vida o después de fallecidos, los que serán trasplantados a otro mayor que los necesite.
4. El Estado tiene la obligación de velar por la salud de los guatemaltecos, principalmente los menores de edad, que son el futuro del país.
5. Los menores de edad no tienen otra alternativa que esperar la muerte o quedar atrofiados de por vida, ya que la ley correspondiente en ningún caso autoriza la donación de órganos y tejidos de menores, ni en vida ni estando muertos.
6. Muchos padres y tutores desean donar los órganos y tejidos de sus hijos, pero por la prohibición legal no lo pueden hacer, por lo que esto va en desventaja del menor que necesita un órgano para sobrevivir o un tejido para llevar una vida normal.

RECOMENDACIONES

1. La Universidad de San Carlos de Guatemala, por tener iniciativa de ley, debe presentar un proyecto de reforma el Artículo 8 de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, facultando a los padres o tutores del menor para donar sus órganos cuando éstos hayan fallecido.
2. El Estado debe velar por darle ventajas a los menores de edad, reformando las leyes que les perjudiquen.
3. El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social debe hacer conciencia a los padres de familia para que autoricen donar los órganos y tejidos humanos de los menores cuando éstos fallezcan, para darle oportunidad a que otro menor sobreviva.
4. Los tutores de menores deben estar facultados para autorizar la donación de los órganos y tejidos del menor fallecido, siendo éste un sentido moral y social hacia los menores desvalidos.
5. Toda donación de órganos y tejidos humanos de menores debe ser supervisada por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.
6. El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social debe crear el banco de órganos y tejidos humanos de menores de edad, para tener un control de donadores y niños necesitados de los mismos para hacer los trasplantes necesarios, y evitar la muerte de menores o la invalidez de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1987.

difusion@bairesstrasplante.com.ar (México, 31 demarzo 2004).

FUNDACIÓN TOMÁS MORO. **Diccionario jurídico espasa**. Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S.A., 1999.

HERNÁNDEZ, Aniorde N. **Donación de órganos. Manejo y manteniendo del donante**. Argentina: Ed. Desalma, 2002.

(<http://www.msc.es/profesional/trasplantes/informacion/> (México, 2 de abril 2001).

Microsoft Corporation, **Enciclopedia electrónica Encarta, 2004**.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Madrid, España: Ediciones Pirámide S.A., 1976.

VEGA, Debbie. **Organización latina para la vida**. México: Ed. Latina, 2000.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1973.

Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 91-96, 1996.