

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

**LA REGULACIÓN PARA DONAR ÓRGANOS DE MENORES
FALLECIDOS AUTORIZANDO A LOS PADRES O TUTORES
EN LA LEY PARA LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS
Y TEJIDOS HUMANOS**

ARIEL OSBELÍ DIONICIO OROZCO

GUATEMALA, ABRIL DE 2012

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

**LA REGULACIÓN PARA DONAR ÓRGANOS DE MENORES
FALLECIDOS AUTORIZANDO A LOS PADRES O TUTORES
EN LA LEY PARA LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS
Y TEJIDOS HUMANOS**

TESIS

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

Por

ARIEL OSBELÍ DIONICIO OROZCO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril de 2012

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Edgar Mauricio García Rivera
Vocal:	Lic. Héctor David España Pinetta
Secretario:	Lic. Mario Yupe Cárcamo

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Héctor Manfredo Maldonado
Vocal:	Lic. Jorge Estuardo Reyes Del Cid
Secretario:	Lic. David Sentés Luna

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 Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

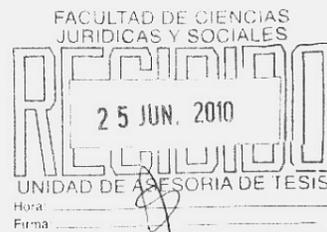
LIC. JOSÉ RODOLFO ALFARO SALAZAR
ABOGADO Y NOTARIO

10a. Av. 04-70 Zona 1
Guatemala, Ciudad
Tel. 22208386



Guatemala, 25 de junio de 2010

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castillo Lutín:

Como asesor de tesis del Bachiller ARAEL OSBELI DIONICIO OROZCO, en la elaboración del trabajo tesis titulado: **“La Regulación para Donar Órganos de Menores Fallecidos Autorizando a los Padres o Tutores en la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos”**; me complace manifestarle que:

El trabajo analiza jurídica, legal y doctrinariamente la importancia de la donación de órganos y tejidos humanos cuando ha fallecido un menor de edad, en tal sentido la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, solamente indica que los mayores de edad tienen autorización para donar, no así los menores de edad que sería por medio de sus representantes legales, lo que deja en desventaja a menores que necesitan un órgano para sobrevivir o llevar una vida normal.

Los métodos y técnicas de investigación que se emplearon para la realización del trabajo de tesis fueron acordes y de utilidad para el desarrollo de la misma. Se utilizó, el método analítico, con el cual se determinó la importancia que tiene la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos; el sintético, señaló lo fundamental de estudiar la forma de reformar dicha ley para que los menores puedan donar por medio de sus padres o tutores, cuando éste haya fallecido; el inductivo especificó la necesidad de reformar la ley para dar oportunidad a menores para que sobrevivan cuando sea importante un órgano para sobrevivir, para definir y especificar la forma en que los padres o tutores puedan donar los órganos o tejidos de sus hijos o pupilos.

La contribución científica del trabajo es de importancia, debido a que el contenido es de interés para la sobrevivencia de menores cuando les sea necesario un órgano para evitar su muerte, siendo el trabajo de tesis un aporte significativo y llevado a cabo con esmero por parte del sustentante.

Las conclusiones, recomendaciones y bibliografía son acordes y se relacionan con el contenido de la tesis. Después de reunirme con el sustentante de la tesis, le sugerí varias correcciones al desarrollo de los capítulos, a las conclusiones y recomendaciones de su trabajo, siempre bajo el respeto de su posición ideológica; y el sustentante estuvo de acuerdo en llevarlas a cabo.

Por lo tanto al haber finalizado la etapa de asesoría del trabajo de tesis mencionado me permito emitir DICTAMEN FAVORABLE, en virtud que el trabajo de tesis, cumple con todos los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

ATENTAMENTE

Colegiado No. 4158


José Rodolfo Alfaro Salazar
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

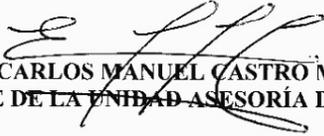
Edificio 5-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, once de enero de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RUBEN DARIO VENTURA ARELLANO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ARAEL OSBELI DIONICIO OROZCO, Intitulado: "LA REGULACION PARA DONAR ÓRGANOS DE MENORES FALLECIDOS AUTORIZANDO A LOS PADRES O TUTORES EN LA LEY PARA LA DISPOSICION DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



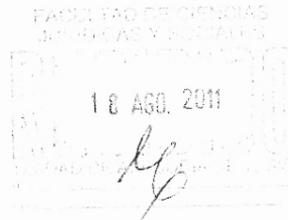
cc.Unidad de Tesis
CMCM/slh.

Lic. RUBÉN DARÍO VENTURA ARELLANO
ABOGADO Y NOTARIO
4ª. Av. 12-07 Zona 1
4º. Nivel, Of. 402
Edificio Schafer
Tel. 55194915
Guatemala, C.A.



Guatemala, 01 de junio de 2011.

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Pte.



Respetable Licenciado:

De conformidad con el nombramiento emitido con fecha 11 de enero de 2011, procedí a revisar el trabajo de tesis del Bachiller Arael Osbeli Dionicio Orozco, el cual se intitula "LA REGULACIÓN PARA DONAR ÓRGANOS DE MENORES FALLECIDOS AUTORIZANDO A LOS PADRES O TUTORES EN LA LEY PARA LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS".

Al realizar la revisión de la tesis sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran oportunas, para la mejor comprensión del tema que se desarrolla, por lo que informo a usted que:

- En relación al contenido de la presente tesis, opino que cumple objetivamente con cada uno de los capítulos elaborados, pues los mismos fueron ampliados y redactados a fin de que sea fácil su comprensión.
- Es importante el análisis del tema desarrollado, los conceptos, definiciones y el análisis jurídico doctrinario determinan que existe falta de regulación en la donación de órganos y tejidos humanos, en cuanto a la donación que pudieran hacer los padres o tutores cuando el menor fallezca, ya que la ley solamente autoriza a los mayores de edad.
- La metodología utilizada se dio a través del método deductivo e inductivo, a través del primero se obtuvieron propiedades generales a partir de las propiedades singulares, y el segundo se obtuvieron propiedades particulares a través de las generales. Por el método analítico se descompuso el todo en sus

partes para estudiar cada una de ellas con la finalidad de descubrir la esencia del problema. Por el sintético se enlazó la relación abstracta con las relaciones concretas.



- La técnica de investigación utilizada fue la documental y la bibliográfica, con las cuales se abarcó las etapas del conocimiento científico planteando el problema jurídico-social de actualidad y buscándole una posible solución.
- Asimismo, el presente trabajo de tesis es un material considerablemente actual y que aporta un conocimiento científico en lo referente a la donación de órganos y tejidos humanos de menores fallecidos, el mismo está redactado en una forma clara y precisa que llega de los preceptos generales a los particulares, por lo cual es una lectura fácil de comprender.
- En cuanto a las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y debidamente fundamentadas, en congruencia con el tema investigado, por lo cual, brindan una valiosa contribución para el derecho. El presente trabajo de tesis es amparado por una bibliografía actual, en la que los autores son profesionales en la materia que se desarrolla en el presente trabajo.

En tal sentido, el contenido del trabajo de tesis me parece sumamente de actualidad, de esta cuenta dicho ponente cumplió con los requisitos establecidos tanto de forma como de fondo exigidos por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que deviene procedente emitir DICTAMEN FAVORABLE, al presente trabajo de tesis, y a su vez pueda ser sometido a su discusión y aprobación en el Examen Público establecido.

Sin otro particular me suscribo, atentamente,

Colegiado No. 3296

LIC. RODOLFO DANIEL CASTELLANO
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 3296

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinticinco de octubre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ARAEL OSBELI DIONICIO OROZCO. Titulado LA REGULACIÓN PARA DONAR ÓRGANOS DE MENORES FALLECIDOS AUTORIZANDO A LOS PADRES O TUTORES EN LA LEY PARA LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.

DEDICATORIA

- A DIOS:** Porque de él emana la sabiduría, y en su infinita misericordia me ha permitido concluir uno de los mayores sueños de mi vida.
- A MIS PADRES:** **Casimiro Dionicio (Q.E.P.D.) y Estéfana Orozco (Q.E.P.D.)**, por su amor, abnegación, dedicación y los valores que me inculcaron en sus años de vida.
- A Mi ESPOSA:** **María Luisa Fuentes**, por su amor, apoyo, esfuerzo y comprensión en la realización de este proyecto.
- A MIS HIJOS:** **Linely, Magdalena y Arael**, que constituyen la bendición de Dios y el triunfo más grande de mi vida, que la culminación de esta carrera sea un sencillo ejemplo y sigan superándose hasta lograr las metas que cada uno de ellos se ha trazado.
- A MIS NIETOS:** **Anderson y Nicole**, que en un futuro mi triunfo los inspire a alcanzare sus sueños.
- A MIS HERMANOS:** Por su apoyo moral.
- A MIS CUÑADOS:** Por sus buenos deseos y apoyo incondicional.
- A MIS SUEGROS:** **Marcelo Fuentes y Nicolasa Velásquez (Q.E.P.D.)**, por ser parte fundamental de esta meta.
- A:** La gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, forjadora de profesionales que han contribuido al desarrollo de nuestro país.

ÍNDICE	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Menores de edad.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Análisis jurídico doctrinario.....	4
CAPÍTULO II	
2. La donación en general.....	15
2.1. Definición.....	15
2.2. Análisis doctrinario.....	16
2.3. Naturaleza jurídica.....	26
2.4. La donación en la ley civil guatemalteca.....	27
2.4.1. Concepto.....	27
2.4.2. Análisis jurídico.....	28
2.4.3. Clases de donación.....	32
2.4.4. Fines.....	35
CAPÍTULO III	
3. Donación y trasplante de órganos y tejidos humanos.....	37
3.1. Aspecto general.....	37
3.2. Nivel estadístico.....	42
3.3. Los trasplantes.....	46
3.3.1. Relación histórica.....	46
3.3.2. Análisis doctrinario.....	47

CAPÍTULO IV		Pág.
4. La donación de acuerdo al Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala.....		53
4.1. Análisis jurídico.....		53

CAPÍTULO V		
5. Análisis del Artículo 8 del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala y la autorización para la donación de padres y tutores.....		69
5.1. Patria potestad y tutela.....		69
5.1.1. Definición de patria potestad.....		69
5.1.2. Estudio jurídico doctrinario de patria potestad.....		70
5.1.3. Definición de tutela.....		71
5.1.4. Estudio jurídico doctrinario de tutela.....		72
5.2. Autorización de los padres o tutores.....		74
5.3. Donación de órganos y tejidos del menor fallecido.....		76
5.4. La donación conforme el Artículo 8 del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala.....		79
5.5. Reforma de ley.....		78
CONCLUSIONES.....		81
RECOMENDACIONES.....		83
BIBLIOGRAFÍA.....		85

INTRODUCCIÓN

La donación de órganos y tejidos humanos es una exclusividad de las personas mayores de edad, tal y como lo establece el Artículo 3 del Decreto 91-96 del Congreso de la República, Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, sólo las personas mayores de dieciocho años se consideran donadores potenciales.

El Artículo 5 de la referida Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, regula que la donación debe ser escrita en forma expresa y 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.

El problema de fondo consiste en que la Ley únicamente autoriza a los mayores de edad para ser donadores potenciales, mientras que no se autoriza a los padres o tutores de menores para donar los órganos de sus hijos o pupilos cuando estos fallezcan, en consecuencia el menor queda desamparado por la ley en mención.

En las legislaciones de otros países, como Estados Unidos, México y España, se regula la donación de órganos y tejidos humanos de menores cuando hayan fallecido, facultando a sus padres o tutores para donar los mismos. En tal virtud que con la donación de los órganos y tejidos de menores fallecidos se han beneficiado cientos de niños con la donación.

La hipótesis fue: El problema base de la investigación puede tener solución con la modificación del Artículo 3 de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, facultando a los padres o tutores de menores para que puedan donar los órganos de los mismos, cuando éstos hayan fallecido.

Se hace necesario legislar para que los órganos y tejidos humanos puedan ser donados por menores fallecidos, dando su consentimiento los padres o tutores, y así darle vida a un menor enfermo que necesitan de ellos, de lo contrario estarían condenados a morir

en cualquier momento.

El objetivo general de la investigación es: Demostrar que se hace necesario reformar el Decreto Número 91-96 del Congreso de la República, para que los padres o tutores del menor que fallece, puedan ser aprovechados sus órganos y tejidos para dar vida a otro niño que los necesita para sobrevivir.

Los objetivos específicos fueron: Demostrar que el Estado está obligado a velar por la integridad física y la vida del menor de edad, y por lo tanto en la donación de órganos y tejidos humanos debe velar para incluirlos en la ley correspondiente. Analizar las ventajas que conlleva la inclusión del menor de edad en la ley que regula la donación de órganos y tejidos humanos.

La presente investigación consta de cinco capítulos, el primero se refiere a los menores de edad, se define y se hace el análisis jurídico doctrinario; el segundo trata de la donación en general, se define, se hace el análisis jurídico doctrinario y la donación en la ley civil guatemalteca; el tercero se desarrolla sobre la donación y trasplante de órganos y tejidos humanos, el nivel estadístico, los trasplantes y se hace el análisis doctrinario; en el cuarto se analiza la donación de acuerdo al Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala y se hace un análisis jurídico; en el quinto se analiza la autorización para la donación de órganos y tejidos humanos por parte de padres biológicos y tutores, se estudia la patria potestad y la tutela y se hace el estudio jurídico doctrinario y se estudia el proyecto de reforma legal.

Los métodos de investigación utilizados fueron: Dialéctico: Con éste se hizo el 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 que produzcan un efecto de reformar el Decreto respectivo. Deductivo: Por éste se analizaron las ventajas y desventajas de la prohibición de órganos humanos de menores fallecidos, extrayendo del mismo las conclusiones generales que serán la base fundamental de la investigación. La técnica de investigación utilizada fue la documental.

CAPÍTULO I

1. Menores de edad

1.1. Definición

“Minoría de edad, situación en la que se encuentra quien todavía no ha cumplido la edad que la ley considera necesaria para la obtención de la emancipación por mayoría de edad”¹.

Para Cabanella “el Menor de edad es quien no ha cumplido todavía los años que la ley establece para gozar de la plena capacidad jurídica normal y regir su persona y bienes con total autonomía de padres o tutores. Por analogía, el que no ha alcanzado el límite de edad determinada para realizar algún acto por su iniciativa; como los 18 años para trabajar con total independencia y percibir su salario”².

Siguiendo a Cabanellas afirma que: “En sentido general, tener menos años, meses, días e incluso segundos que otro lo cual puede determinar situaciones tan importantes como la primogenitura, que cede a favor del de más edad o

¹ Microsoft Corporation. Diccionario encarta 2004. **La minoría de edad.**

² **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 384.

adquirir algún otro derecho dependiente del hecho del nacimiento. Estrictamente, la situación de incapacidad jurídica plena o atenuada en que se encuentran todas las personas desde el nacimiento hasta llegar a la mayoría de edad. Es decir, la condición del hijo de familia sometido a la patria potestad o la del pupilo sujeto a la autoridad del tutor y de los demás órganos tutelares”³.

Hugo D´ Antonio, se refiere al estado de minoridad al decir que ”El estado de la persona natural constituye uno de sus atributos caracterizadores del cual carece la persona jurídica, y se lo define como el conjunto de cualidades que la ley toma en cuenta para atribuirle efectos jurídicos, o bien la posición jurídica que la persona ocupa en la sociedad, dada por tal conjunto de cualidades. En la realidad jurídica actual se han visto superadas distinciones que, anteriormente, diferenciaban a la persona por su condición social, por la religión o con motivo del sexo. Prerrogativas y consiguientes menoscabos, discriminaciones que resultan ahora totalmente inaceptables, como las referidas a las personas libres o esclavas; ciudadanos o extranjeros, religiosos, varones o mujeres y otras que rigieron durante siglos, han desaparecido para dejar como principio rector de orden general la igualdad de derechos, cualquiera que sea la condición personal. Pero pese a esta evolución del derecho encuentra culminación en la mencionada igualdad, persiste y habrá de perdurar una diferenciación que se basa en

³ **Ibid.**, pág. 386.

sustentos naturales y que se justifica por la particular orientación que deben tener las normas. La regulación jurídica de los menores de edad, en efecto, debe distinguirse de la destinada a la persona adulta porque los principios tutelares y pedagógicos a que debe responder imponen la separación.”⁴

La minoría de edad no constituye sino una restricción de la personalidad jurídica. Los que se hallen en ese estado son susceptibles de derechos, y aun de obligaciones, cuando estas nacen de los hechos o de las relaciones entre los bienes del menor y un tercero.

La palabra menor proviene de la latina *minor*, adjetivo comparativo que, referido al ser humano, matiza, para diferenciarlos, una circunstancia que inexorablemente concurre en la persona individual durante las primeras etapas evolutivas de su desarrollo, diferenciando, de una parte, a la colectividad que aún no alcanzó el pleno desenvolvimiento de su personalidad, de aquella otra que ya logró su plenitud existencial. Etapas de la vida que están caracterizadas por una situación de heteronomía, frente a esa otra situación de autonomía que es consustancial a quienes, va normalmente desarrolladas, alcanzaron la necesaria madurez de su personalidad para regir su propio destino. Se es menor en comparación con la persona que ya es mayor y, de este modo, el adjetivo

⁴ D´ Antonio, Daniel Hugo, **Derecho de menores**, pag. 40

comparativo que al ser recogido por el derecho, determina una situación concreta de la vida humana a la que se denomina minoría de edad.

1.2. Análisis jurídico doctrinario

El Código Civil guatemalteco Decreto Ley 106, regula en el Artículo 8 que la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad.

Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años.

Los menores de edad que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.

A pesar de su situación, la ley no ignora que el menor, según su edad y condiciones de madurez, puede realizar actos eficaces en el ámbito jurídico. Así, puede aceptar donaciones puras, que no impliquen obligaciones por su parte o estén sometidas a condición, ejercitar derechos de la personalidad, firmar una obra literaria o una partitura musical de las que sea autor, adquirir la posesión de los bienes o reconocer hijos. En no pocos supuestos de crisis matrimonial de sus padres, la situación de persona necesitada de una especial protección da

derecho al menor a ser oído en las cuestiones que le puedan afectar. Algunas legislaciones le permiten también otorgar testamento o contraer matrimonio a partir de una determinada edad, o hacerlo si se les dispensa el impedimento de edad por la autoridad competente, ser testigos en un contrato o administrar los bienes que adquieran con su trabajo o industria.

Los actos que lleve a cabo un menor de edad, sin tener capacidad para ello, son impugnables por sus representantes legales o por él mismo cuando alcance la mayoría de edad. Pero no son radicalmente nulos, pues mientras no sean impugnados, son considerados válidos por el derecho.

El menor de edad puede ser emancipado por decisión de quienes ejerzan la patria potestad o por decisión judicial. En tal caso, será considerado mayor para actuar en la vida, pero seguirá requiriendo la actuación de sus representantes legales para llevar a cabo algunos actos señalados por la ley, y que pueden entrañar riesgo, por ejemplo, vender un bien inmueble.

Desde el punto de vista político, en las monarquías, cuando fallece el rey y su sucesor es aún menor, se articula la institución de la Regencia, al tiempo que se provee el sistema de tutela del rey menor de edad.

La minoría de edad comprende un período de la vida del hombre y este período no es, como pudiera deducirse del hecho cronológico que jurídicamente le ha servido de fundamento, exacto y absoluto, sino que varía según la clase de relaciones que puedan entrar en juego y está en función directa del ordenamiento positivo que las regula. Si bien el hombre, por el sólo hecho de su existencia, es persona, y como tal, sujeto de derechos y obligaciones, hubo una época en la historia en que los hombres también fueron cosas, objeto del tráfico jurídico por desconocerse u olvidarse de su dignidad natural.

El autor Oses, L Mendizábal dice: “El hombre, desde su nacimiento, tiene potencialmente capacidad jurídica, pero en los primeros estadios de su existencia, cuando ya desprendido de seno materno goza de vida propia, carece de capacidad para obrar con plena trascendencia jurídica y es inimputable por los actos que pudiera ejecutar por no poseer aún conciencia, libertad, inteligencia y voluntad consciente, condicionantes que en todo ser constituido normalmente se irán desarrollando con el mero transcurso del tiempo, acabarán por desarrollarse de forma progresiva y continuada hasta culminar en su plenitud, la cual es consecuencia directa de aquél desarrollo de la personalidad y, de ahí, el principio de que la capacidad jurídica de obrar y la plena responsabilidad o imputabilidad del sujeto por los actos que ejecute, están directamente relacionadas con el desarrollo físico, moral, emocional, intelectual y social de su

personalidad”⁵.

La UNESCO afirma que, “frente a esta noción genérica de la minoría de edad, existen otros criterios de mayor restricción sobre el significado de esta minoría, surgiendo como consecuencia de ello el problema de su apreciación por los sistemas jurídicamente contemporáneos: Las soluciones adoptadas son dos:

La que determina con carácter general y de forma objetiva la edad a partir de la cual una vez cumplida, se alcanza la mayoría y, por tanto, se adquiere la plena capacidad jurídica de obrar y el sujeto es plenamente responsable de todos sus actos, sin perjuicio de irse fijando períodos precedentes, para conceder a cada persona una cierta capacidad o exigirle una responsabilidad atenuada por sus actos.

Es la que aprecia con un matiz subjetivo el desarrollo de cada persona, para hacer depender de éste el grado de capacidad o incapacidad y consiguientemente, el de su inimputabilidad”⁶.

La concepción clásica de la minoría de edad está siendo superada por los

⁵ **Derecho de menores, teoría general**, pág. 43.

⁶ **Derechos y deberes de los jóvenes**. París, 1972. págs. 9.

postulados de la nueva ciencia jurídica de menores, en cuanto que propugna la instauración de una concepción radicalmente diferente, al concebir a la persona humana en las primeras fases del desarrollo, como un ser racional y potencialmente libre.

Consecuentemente, la concepción clásica de la capacidad jurídica y de obrar, en cuanto que establecía entre ambas una distinción tajante y que subdistinguía, asimismo, la capacidad de obrar en capacidad contractual y delictual, y capacidad para el ejercicio de derecho, se sustituye por una concepción unitaria del problema, ya que si el poder tener derechos es consecuencia de valor que la personalidad humana ostenta, incluso durante la minoría de edad y la capacidad de obrar es el resultado de la capacidad jurídica, ésta, a su vez, directamente deriva del valor que se atribuye a la personalidad.

Las características de la minoría de edad son:

Relatividad, como podría parecer en una consideración simplista, no puede caracterizarse el menor de edad contraponiéndose sin más al mayor de edad; pues, aunque entre ellos existen fronteras tan decisivas como la de la patria potestad o la tutela que alcanzan a los menores, éstos según sus años, ofrecen una graduación progresiva de capacidad. En efecto, después de los catorce

años, la menor puede contraer matrimonio, Artículo 81 del Código Civil; a los catorce años está en las mismas condiciones el varón; a los dieciocho años pueden ya contratar sus servicios laborales, comerciar y contraer obligaciones.

Capacidad mínima. El menor de edad es un incapaz jurídico, absoluto en principio; pero atenuado por muchos preceptos legales, como los transcritos, y en la práctica, aunque los textos legales se resistan a admitirlo. El menor es un elemento muy activo en las relaciones jurídicas. A diario se ven jóvenes y niños, en todos los países, que viajan solos y pagan sus pasajes, contrato de transporte, que compran toda serie de artículos para sí y tal vez por presunto mandato de sus padres o mayores, compraventa, dan y reciben cosas en préstamo, forman parte de asociaciones, que responden de la custodia de sus útiles escolares, depósito, que alquilan bicicletas u otras cosas, arrendamiento, disponen de ciertos objetos con absoluto carácter de dominio, propiedad, permutan esos mismos bienes con frecuencia; efectúan operaciones pignoraticias como libros relojes y otros objetos, negociaciones rara vez impugnadas por falta de capacidad en el menor; entre otras múltiples actividades que demuestran cuán distante está la apariencia legal de la realidad de la vida en esta materia.

Cabe advertir en la síntesis precedente que, no obstante inequívocas

restricciones en cuanto a la capacidad del menor, dispone éste de potestad
restricciones en cuanto a la capacidad del menor, dispone éste de potestad
jurídica trascendente por dos facultades; la de casarse, que es disponer de la
propia vida para toda la vida.

Aspecto personal. La situación jurídica del menor de edad se transforma por
completo al llegar a la mayoría, y al anticiparse ésta en una forma más o
menos absoluta, leal y definitiva, con la emancipación o con la habilitación de
edad, sometido a la tutela, el menor de edad puede concurrir a las reuniones del
consejo de familia.

El menor es representado por el tutor en todos los actos civiles, sin otras
excepciones que las legales; y aquél debe a éste respeto y obediencia; y
además queda sometido a la moderada corrección, eufemismo legal para tener
relaciones recíprocas entre el tutor y el menor se extinguen a los 5 años de
concluida la tutela, cuando del ejercicio de ella proceda, según preceptúa el
Artículo 351 del Código Civil. En materia matrimonial, el menor, mayor de
dieciséis años, o catorce años si se trata de mujer, pueden casarse. Puede
también otorgar capitulaciones matrimoniales, con la concurrencia de las
personas que deban aprobar el casamiento. Por el solo hecho del nacimiento se
encuentran los menores sujetos a la patria potestad; aun cuando se vayan

emancipando de ella paralelamente a su desarrollo y se adopten precauciones para preservarlos de la antinatural, pero posible, oposición con los padres, e incluso para separarlos de ellos por los malos ejemplos o peores tratos que los menores reciban de sus progenitores.

Reconocimiento. Para el de un hijo natural y menor se precisa aun en acta de nacimiento, y los mismos si es por testamento, la aprobación judicial. Para la adopción de un menor se necesita también el consentimiento de los que deban dar su licencia para el matrimonio del mismo.

En lo hereditario. En el derecho sucesorio, le está prohibido terminantemente ser albacea, ni con permiso paterno; sin duda por la enorme complicación que implican las opciones sucesorias a cargo de los testamentarios. No puede el menor testar a favor de su tutor, de no ser ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge; hasta que se haya aprobado la cuenta tutelar.

Responsabilidad sui géneris. El padre y, por su muerte o incapacidad, la madre responde de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía; aun así, la responsabilidad cesa si las personas que los guardan prueban que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, en cuanto a la reparación del daño e indemnización del

perjuicio, y que asimismo acepta la exención de no haber existido culpa ni negligencia de los padres o tutores.

En derecho penal. El menor es juzgado, en caso de delinquir, por el tribunal de menores. Si es mayor de dieciséis años pero no ha cumplido los dieciocho años, goza de una atenuante automática. Por el contrario, los menores pueden ser víctimas de numerosos delitos.

En derecho laboral. En el marco de esta rama jurídica, los menores de catorce años tienen por lo general prohibido el trabajo, Artículo 31 del Código de Trabajo, pero pueden celebrar contrato de trabajo con los representantes legales de éstos, y en su defecto necesitan autorización de la Inspección General de Trabajo, Artículo 32 del mismo cuerpo legal.

La circunstancia de ser menor de edad es una eximente, causa de inimputabilidad establecida en el Código Penal, Artículo 23, inciso 1º.

Para determinar la inimputabilidad de un sujeto conforme al mismo, deberá establecer su edad en el momento de la comisión del acto.

Cuando el menor que no haya cumplido la mayoría de edad ejecute un hecho

penado por la ley será confiado a los tribunales de menores.

La responsabilidad criminal declarada no comprende de la responsabilidad civil, la cual será efectiva con sujeción a las reglas siguientes:

De los que los hechos que ejecutaren los menores serán responsables civilmente los que tengan bajo su potestad o guarda legal, salvo que demuestren que no incurrieron en descuido o negligencia en la vigilancia del que cometió el hecho, Artículo 116 del Código Penal.

Los menores, en el caso de responsabilidad civil, responderán con sus bienes por los daños causados. Si fueren insolventes responderán subsidiariamente quienes tengan su patria potestad o guarda legal.

En todo caso, cuando no fuere posible averiguar en el Registro Civil o parroquia en que deba constar el nacimiento o el bautismo del procesado, o no existiesen su inscripción y partidas; y cuando por manifestar el procesado haber nacido en punto lejano hubiere necesidad de emplear mucho tiempo en traer a la causa la certificación oportuna, se suplirá el documento acerca de la edad del procesado y previo su examen físico dieren los médicos o forenses a los nombrados por el juez.

En resumen existe un verdadero estado de minoridad, ya que se tiene que tomar en cuenta la condición de menor para consagrar un cuerpo normativo de índole protector, en tanto así lo requiere la especificidad del sujeto. No debe confundirse esta verdadera diferencia de situación jurídica con lo concerniente a la regulación de la capacidad. Esta, constituye uno de los atributos de la persona en general y la consagración de la incapacidad del menor tipifica uno de los elementos protectorios a los que recurre el derecho de menores, los elementos e instituciones de protección jurídica al menor tienen como fundamento su condición de ser en formación, cuyo incompleto desarrollo requiere el resguardo por parte de los responsables directos o por medio de la intervención concurrente o supletoria de los organismos del Estado señalados a tal fin.

CAPÍTULO II

2. La donación en general

2.1. Definición

Guillermo Cabanellas dice: “En general, regalo, don, obsequio, dádiva, liberalidad. Acto por el que se da o entrega algo sin contraprestación, cual liberalidad o como recompensa inexigible. Contrato por el que alguien enajena graciosamente algo a favor de otro, que lo acepta de manera expresa o tácita”⁷.

“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”⁸.

Para Puig Peña “La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta”⁹.

En conclusión la donación es entregar los bienes propios de una persona a otra,

⁷ Cabanellas, Guillermo, **Ob. Cit.**, pág. 789.

⁸ **Ibid.**

⁹ Puig Peña, Federico, **b. Cit.**, pág. 14.

sin ánimo de lucro, existiendo la aceptación del donatario.

2.2. Análisis doctrinario

La palabra donación es susceptible de ser empleada en un sentido amplio, o por el contrario, refleja un punto de vista estrictamente técnico. En el primer sentido se parifica 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 encausar y proteger puede señalarse: la regulación amplia y matizada de la donación, lo que puede interpretarse en sentido mas favorable al donatario, entendiendo 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 título 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 contrario a la donación directa al nasciturus (el no nacido), que puede ser aceptada inmediatamente por sus futuros padres, y en otro orden, la consideración de la donación de inmuebles encubierta bajo el manto de compraventa en escritura pública como válida”¹⁰.

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

¹⁰ Fundación Tomás Moro, **Ob.Cit.**, pág. 359.

Medidas tendientes a proteger la voluntad del donador, su necesaria reflexión y moderación equilibrada al desprenderse de bienes sin corresponsivo

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 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

Respecto a las donaciones condicionales u onerosas, no pueden ser aceptadas por quienes no tienen capacidad para contratar sin la intervención de sus legítimos representantes, por lo que a contrario sensu 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 para evitar 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 solo 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 con 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 efecto 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 en caso de quiebra, o con criterio de la antigua, presunción muciana, en beneficio de los acreedores, en 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 dolo 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 detener, 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 sentimientos 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”¹¹.

El término gratuito significa que no medie en el acto la contraprestación de otra parte; si ésta existe, no hay donación. No hay que confundir la gratuidad con la liberalidad, pues ésta, es una referencia objetiva que se proyecta sobre la

¹¹ Puig Peña, **Ob. Cit.**; pág. 15.

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 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.

Puig Peña manifiesta: “Debido singularmente a los grandes aportes de la doctrina romanista, 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 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”¹².

2.4. La donación en la ley civil guatemalteca

2.4.1. 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.

¹² Puig Peña, **Ob. Cit.**; pág. 18.

2.4.2. Análisis jurídico

El donatario puede aceptar en el momento de la donación o en acto separado. Si aceptare con posterioridad, para que 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 obligados 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, establece 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 al 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; 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 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 inmuebles.

La facultad de revocar la donación por causa de ingratitud dura seis meses,

contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho que la motiva Artículo 1874 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 hayan 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, regula 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.

2.4.3. Clases de donación

La donación entre vivos también puede ser remuneratoria y onerosa, pero en 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”¹³.

“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”¹⁴.

“Donación onerosa es la que impone al donatario alguna carga, gravamen o

¹³ Cabanellas, **Ob. Cit.**; pág. 794.

¹⁴ **Ibid.**

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)¹⁵.

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.

La donación gratuita y onerosa en la parte que constituya la donación efectiva, pueden 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 acusar o denunciar 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

¹⁵ **Ibid.**; pág. 793.

Por negarse indebidamente a alimentar al donante que careciere de bienes, o si lo desampare 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 a sus herederos.

No son revocables las donaciones remuneratorias, las que se 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.

2.4.4. 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 remuneratoria u onerosa, donde existen algunas limitaciones.

CAPÍTULO III

3. Donación y trasplante de órganos y tejidos humanos

3.1. Aspecto general

Karen Palladito respecto al tema dice: “Cada año centenas de personas nacen ciegas o llegan a estar ciegas por daño a la córnea y retina. La vista se puede restaurar con un transplante de córnea o retina. Esta cirugía reemplaza la retina o córnea dañada con una sana. El transplante de la cornea 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 trasplante de corneas y retinas le ofrece a niños y adultos la oportunidad de tener una vida normal al recuperar la vista”¹⁶.

Cuando el personal médico identifica a un posible donante de ojos, el mismo tiene la obligación a proveer a la familia información sobre la donación de ojos. El banco de ojos está disponible para trabajar con familias, directores de funerarias y hospitales para contestar cualquier pregunta que puedan hacer sobre la donación y para asegurar que el donante sea tratado con mucho respeto. El coordinador puede tener un intérprete ya que se necesitará

¹⁶ Palladito, Karen, **Donación de órganos**, pág. 85.

información sobre el estado en general de salud y las actividades del donante. La mayoría de las personas pueden ser donantes de ojos. El donante puede haber usado anteojos o lentes de contacto, o pudo haber tenido alguna operación de ojos. Se toma mucho cuidado para asegurar el trato digno y respetuoso hacia el cuerpo del difunto. No se demorará el servicio fúnebre, no habrá costo alguno por la donación de ojos, pero los servicios fúnebres serán responsabilidad de la familia. La mayoría de las religiones apoyan la donación y se considera un acto de generosidad al proveerle el arreglo de la vista a otras personas.

La donación de ojos ayuda a familias en los Estados Unidos y el resto del mundo.

El donar es una decisión personal y privada. La donación de ojos mejora la calidad de vida de miles de personas cada año.

Como la demanda de órganos donados en los Estados Unidos sigue superando la oferta, cada vez más personas recurren a Internet o a la publicación de anuncios para encontrar donantes de órganos. Y a medida que la seguridad de la cirugía de trasplante mejora, cada vez más donantes vivos dan un paso al frente para ofrecer uno de sus riñones o un lóbulo del hígado o pulmón.

Todo esto plantea nuevos dilemas éticos, de acuerdo con los escritores de tres

artículos acompañantes en la edición del 4 de agosto de 2000 del New England Journal of Medicine. ¿Quién decide, por ejemplo, si un donante con vida está psicológicamente o físicamente preparado para donar un riñón? ¿Y cómo el sistema de trasplante de órganos del país puede asegurar la justa distribución de órganos para aquéllos que más lo necesitan, y que no siempre son los que más gritan?

En una declaración preparada, la United Network for Organ Sharing, UNOS, un grupo privado que se encarga conjuntamente con el gobierno federal de la administración del Organ Procurement and Transplantation Network, OPTN, red de adquisición y trasplante de órganos del país, declaró que se compromete a ofrecer información detallada sobre los riesgos y beneficios de los donantes en vida. Además, señaló, que han establecido criterios para programas de trasplantes de donantes con vida.

Mientras tanto, una propuesta con respecto a las solicitudes de donantes fallecidos se presentó ante el consejo de directores de OPTN/UNOS en noviembre de 2002, anunció UNOS en la declaración.

Al mismo tiempo, las donaciones directas de donantes vivos, especialmente de riñones, seguirán siendo una fuente importante de órganos.

Se deben tomar precauciones en la evaluación de los beneficios y riesgos del

donante vivo. Una donación entre personas vivas podría ser apropiada si alguien está dispuesto a ofrecer un órgano y es evaluado como un candidato apropiado por un equipo de profesionales, incluido un psiquiatra capacitado en medicina de trasplantes.

El uso ampliado de donantes vivos también ha propiciado la aparición de métodos controversiales de transplante de médula ósea.

Las células madre hematopoyéticas, es decir, las células madre que forman la sangre, son células inmaduras que pueden transformarse en células sanguíneas. Estas células madre se encuentran en la médula ósea, en el torrente sanguíneo y en la sangre del cordón umbilical.

La médula ósea es un material blando parecido a una esponja que se encuentra en el interior de los huesos. La médula ósea contiene células inmaduras llamadas células madre hematopoyéticas que son las células madre que forman la sangre. Estas células se dividen para crear más células madre que forman la sangre, o se transforman en una de estas tres clases de células sanguíneas: glóbulos blancos que luchan contra la infección; glóbulos rojos que transportan el oxígeno, o plaquetas que ayudan la sangre a coagularse. La mayor parte de las células madre hematopoyéticas se encuentran en la médula ósea, pero algunas células, se encuentran en el torrente sanguíneo. La sangre en el cordón umbilical

también contiene células madre hematopoyéticas. Las células que provienen de cualquiera de estas fuentes se pueden utilizar para realizar trasplantes”¹⁷.

El trasplante de médula ósea y el trasplante de células madre de sangre periférica son procedimientos que restauran las células madre que se destruyeron a causa de una dosis alta de quimioterapia o radioterapia. Existen tres tipos de trasplantes:

En un **trasplante autólogo**, los pacientes reciben sus propias células madre.

En un **trasplante singénico**, los pacientes reciben las células madre de su gemelo idéntico.

En un **trasplante alogénico**, los pacientes reciben las células madre de su hermano, hermana, padre o madre. Una persona que no es un pariente del paciente, un donante no emparentado, también puede aportar las células madre.

Una razón por la cual las células madre se utilizan en el tratamiento de cáncer es que permiten que los pacientes reciban dosis muy altas de quimioterapia o radioterapia.

La quimioterapia y la radioterapia afectan, por lo general, las células que se

¹⁷ http://www.marlow.org/NMDP/transplant_centers.html

dividen rápidamente. Este tipo de terapia se utiliza para tratar el cáncer porque las células cancerosas se dividen con mayor frecuencia que la mayoría de las células sanas. Sin embargo, dado que las células de médula ósea también se dividen a menudo, los tratamientos de dosis alta pueden dañar gravemente o hasta destruir la médula ósea del paciente. Sin una médula ósea sana, el paciente ya no podrá crear más células sanguíneas, las cuales se necesitan para transportar oxígeno, luchar contra la infección y evitar las hemorragias. Los trasplantes de médula ósea y de células madre de sangre periférica reemplazan las células madre que se destruyen con el tratamiento. Cuando las células madre sanas se trasplantan, pueden restaurar la capacidad de la médula ósea de producir las células sanguíneas que el paciente necesita.

3.2. Nivel estadístico

Hasta el 31 de marzo del 2004, en los Estados Unidos, unas 84,206 personas estaban en la lista de espera para recibir donación de los cuales el cuarenta y siete por ciento eran miembros de minorías.

“Cerca de 23,000 afroamericanos están en la lista de espera para trasplante de órganos, lo que representa el 27% de todos los pacientes en lista de espera. Los afroamericanos representan el 36% de la lista de espera para trasplante de riñón y tienen casi cuatro veces más probabilidad que los blancos de tener una

enfermedad renal en fase terminal, pero tienen menos probabilidad de ser evaluados y puestos a tiempo en lista de espera para los trasplantes de riñón.

Más de 4,000 asiáticos están en la lista de espera para los trasplantes de órganos. En los trasplantes de riñón, hígado y pulmón el promedio de espera para los asiático americanos e isleños del Pacífico es más de 50% más larga que para los blancos, excepto para los trasplantes de riñón o páncreas, donde la espera es sólo 21% más larga. Sin embargo, en todas las categorías, a pesar de los índices de trasplante más bajos y los más largos períodos de espera, los asiático americanos e isleños del Pacífico muestran una tasa de sobrevivencia a los trasplantes más alta que los blancos”¹⁸.

Cerca de 13,000 hispanos están en la lista de espera para trasplantes de órganos, lo que representa el 25%. El período de espera para todos los trasplantes es 26 a 58% más largo para los hispanos que para los blancos. Con la excepción de los trasplantes de hígado, riñón y páncreas, los hispanos tienen un índice de sobrevivencia a los trasplantes menor que los blancos.

No existen estadísticas sobre la población de indígenas americanos y nativos de Alaska.

En todo Estados Unidos, cerca de 89,000 personas estaban en listas de espera

¹⁸ <http://www.cancer.gov/clinicaltrials>

para recibir un trasplante de órgano en el mes de febrero del 2004, y de ese grupo, 62,500 pacientes esperaban un trasplante de riñón. Pero sólo un cuarto de ellos espera recibir un trasplante el próximo año.

La donación de personas vivas está ayudando a cubrir la diferencia entre la oferta y la demanda. En 2004, se realizaron más de 27,000 trasplantes de órganos, incluyendo 6,991 que involucraron a donantes vivos, el número de donantes vivos se ha triplicado.

Cada año más de 30.000 personas hispanas en Estados Unidos son diagnosticadas con leucemia, anemia aplásica y otras enfermedades fatales de la sangre. La mayor probabilidad de supervivencia para estos pacientes, es recibir un trasplante de médula ósea de alguien saludable y que tenga el mismo tipo de médula que el paciente.

Aunque hay probabilidades de que el paciente encuentre el donante adecuado en su propia familia, el 70% de ellos terminan recurriendo al Programa Nacional de Donantes de Médula Osea, National Marrow Donor Program/NMDP, en busca de un donante de médula ósea que sea compatible, el cual podría salvarles la vida. La mayor esperanza para estos pacientes es alguien que comparta sus mismos antecedentes étnicos.

En España se realizaron en el año dos mil cuatro un total de 3.605 trasplantes y

no hay en el mundo un país con mayor número de donantes de órganos por millón de habitantes, 33,7 %. Estos datos hablan de la relativamente grande sensibilidad social existente respecto de la donación de órganos, pilar irremplazable -hoy por hoy- para la realización de trasplantes de corazón, hígado, riñones o pulmones.

Los trasplantes, y por tanto la donación de órganos, salvan cada año la vida de miles de personas cuyas graves enfermedades requieren, normalmente con urgencia, de un trasplante.

Durante el año dos mil cuatro, en España, 271 personas fallecieron porque el órgano que necesitaban para su trasplante no llegó a tiempo a los hospitales que los esperaban con todo dispuesto para la operación. Sólo el 1% de los cadáveres son válidos para que sus órganos sean trasplantados a otra persona, y uno de cada cinco cadáveres aptos no puede utilizarse en España porque los parientes del fallecido se niegan, por diversas razones, a que se les dé ese uso solidario. Conforme la Ley de Donaciones de Órganos de España, cada persona decide libremente si quiere ser donante o no, sin que exista necesidad de carné o acreditación alguna. Si, una vez producido el fallecimiento, los responsables médicos consideran que el cadáver es apto para la donación, adoptan automáticamente las decisiones oportunas para que se inicie el protocolo de

extracción y transporte de los órganos útiles, siempre, eso sí, que no medie una negativa expresa de los parientes.

3.3. Los trasplantes

3.3.1. Relación histórica

A mediados del siglo XIX, científicos italianos propusieron que la médula era la fuente de las células sanguíneas. La idea de que un factor en los tejidos formadores de sangre de un individuo podría restaurar la médula lesionada de otro, fue considerada hace un siglo. Algunos pensaron que este factor era una sustancia química que podría transferirse comiendo la médula. A principios del siglo XX, los científicos comenzaron a formular la idea de que una cantidad pequeña de células en la médula podría ser responsable del desarrollo de todas las células sanguíneas. Comenzaron a referirse a ellas como células troncales. Hace al menos 60 años que comenzaron los intentos de usar las células de la médula de un individuo sano para restablecer la pérdida de la función medular de un paciente enfermo. Los primeros intentos de trasplantar médula ósea humana no tuvieron éxito, debido a que todavía no se conocía la base científica que garantizara el éxito.

El trasplante de médula como una forma de tratamiento se comenzó a explorar científicamente a fines de la segunda guerra mundial. Las células troncales de la

médula son muy sensibles a las lesiones por radiación. Por lo tanto, la lesión medular era un efecto secundario importante y potencialmente mortal de la exposición a la bomba atómica o a los accidentes relacionados con la industria de las armas nucleares. A fines de la década del 40, la preocupación de la Atomic Energy Comisión, la Comisión de Energía Atómica, con relación a la propagación de la tecnología y las armas nucleares, impulsó el paso de los estudios de trasplante de médula como un medio para tratar combatientes o civiles expuestos a la radiación.

La idea de que los trastornos médicos que afectan las células sanguíneas o la formación de células inmunitarias podrían ser curados por el trasplante de médula, también alentó la investigación de los científicos civiles. El empeño en sus investigaciones trajo aparejado el actual éxito del **trasplante de células troncales** como tratamiento médico, y aumentó la disponibilidad para los pacientes.

3.3.2. Análisis doctrinario

El fundamento lógico para el trasplante de células troncales se basa en el hecho que todas las células sanguíneas, glóbulos rojos, fagocitos y las plaquetas y las células inmunitarias, los linfocitos, surgen de las células precursoras, que están presentes en la médula ósea. Las células troncales circulan en la sangre en

cantidades muy pequeñas. Existen fármacos que aumentan el número de células troncales en la sangre, extrayéndolas de la médula. Una cantidad suficiente de esas células para trasplantar se recuperan haciendo circular grandes volúmenes de sangre a través de una máquina de **hemaféresis** y espumando una población de ellas que contengan células troncales.

La sangre es una fuente cada vez más frecuente de células troncales para trasplantes. Por lo tanto, el trasplante de médula ósea, BMT, por sus siglas en inglés, como término genérico para el procedimiento, se modificó a fin de que significara trasplante de sangre o de médula ósea, permitiendo el uso continuo de las siglas conocidas: BMT. En muchos casos, ahora se utiliza el término más específico de trasplante de células troncales, o SCT, por sus siglas en inglés.

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 actualidad, el trasplante de médula se usa para tratar enfermedades como la talasemia o las drepanocitosis, en las cuales se hereda un gen mutante. El gen mutante sólo se expresa en las células formadoras de sangre o hematopoyéticas. En este sentido, el trasplante para estos pacientes es una forma de terapia genética: las células hematopoyéticas genéticamente anormales son reemplazadas por células que funcionan normalmente. El donante de células hematopoyéticas es un hermano(a) con un tipo de tejido compatible. En esta situación, la similitud de ciertas características entre dos hermanos(as) representa una ventaja. El paciente puede tener drepanocitosis, es decir que recibió el gen mutante tanto de la madre como del padre, y el donante puede ser un portador del gen y tener el rasgo de células falciformes (es decir que recibió el gen mutante de la madre o del padre, pero no de ambos), y hasta es posible que las células precursoras de uno curen las del otro”¹⁹.

Fueron necesarios grandes adelantos en la técnica del trasplante de células

¹⁹ www.bairestrasplante.com.ar

troncales antes de que el procedimiento resultara exitoso en estas situaciones. Estas enfermedades, aunque con frecuencia de manifestaciones muy graves, permiten que los individuos lleguen a la adultez. El alto riesgo y los efectos secundarios graves del trasplante demoraron su aplicación en estos casos, hasta que el progreso en las investigaciones condujeron a resultados aceptables en pacientes cuidadosamente seleccionados. Aún se sigue investigando la decisión sobre quiénes entre las personas con trastornos hereditarios de las células sanguíneas deben correr el riesgo de someterse a un trasplante, y cuándo someterse al procedimiento.

Existe un grupo de trastornos hereditarios en donde hay un defecto en los monocitos. Poco después de nacer pueden aparecer en el bebé afectado algunas anomalías muy incapacitantes, como la ceguera, el retardo mental y disfunciones neurológicas graves. Como todos los glóbulos blancos, los monocitos descienden de las células troncales. Si el defecto se encuentra en los monocitos, las células anormales podrán ser reemplazadas por las células normales por medio de un trasplante de células troncales provenientes de un donante compatible sano.

El trasplante de células troncales se ha utilizado en forma exitosa para restaurar la función de la médula que ha sido dañada. Este tipo de insuficiencia medular, conocida como anemia aplásica, puede ser inducida farmacológicamente, auto

inmunitaria o, con menor frecuencia, hereditaria. La insuficiencia medular puede ocurrir como resultado de la exposición a ciertos fármacos o a un agente nocivo externo, como la exposición accidental a una sustancia química o una exposición involuntaria a la radiación. También un ataque auto inmunitario de los linfocitos del paciente sobre las células hematopoyéticas en la médula, puede provocar una insuficiencia. Si ésta última es grave, la médula deja de producir células sanguíneas. Esta alteración conduce al riesgo de desarrollar una hemorragia grave a causa de una deficiencia de plaquetas o de infecciones repetidas o que amenazan la vida como resultado de una carencia de glóbulos blancos. La capacidad de la médula de fabricar células sanguíneas también puede disminuir peligrosamente por una enfermedad hereditaria llamada anemia aplásica de Fanconi.

“Si es grave, y se encuentra un donante compatible, la anemia aplásica puede tratarse mediante un trasplante de células troncales. En esta situación, será necesario someter al paciente a un tratamiento previo con quimioterapia y/o radioterapia para suprimir el sistema inmunitario del paciente, y mejorar así las probabilidades de éxito del trasplante. La quimioterapia o la radioterapia antes del trasplante disminuye el riesgo de que las células inmunitarias del receptor rechacen las células troncales trasplantadas. Además, como la enfermedad con frecuencia es el resultado de un ataque por parte de los propios linfocitos del

paciente sobre las células sanguíneas en desarrollo, enfermedad autoinmunitaria, el tratamiento de condicionamiento ayuda a librar al receptor de dichos linfocitos desordenados. Después del trasplante, los linfocitos y las células sanguíneas del donante reemplazarán a los del paciente, curando así la enfermedad”²⁰.

3.3.3. Requisitos para donar en vida

Es necesario cumplir con lo siguiente:

Ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales, estar sano y ser compatible con la persona que va a recibir el órgano.

Consultar a un médico distinto al que va a realizar el trasplante, información sobre riesgos de la donación.

Que el organismo pueda compensar el órgano o parte del órgano al que sea extraído.

Otorgar el consentimiento por escrito, tener parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil.

²⁰ difusion@bairestrasplante.com.ar

CAPÍTULO IV

4. La donación de acuerdo al Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala

4.1. Análisis jurídico

La Ley Para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos. 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 pertinente.

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 1 de la citada ley, regula 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 la Ley de la materia 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 dieciocho años se considerarán, como donadores potenciales de órganos y tejidos.

Se entiende por transplante, 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 transplante tenga éxito.

Para el transplante 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 transplante 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 familiares comprobados 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 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 necropsia, 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 órgano o tejido 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 trasplantes de la institución sede del banco.

El Ministerio de Salud solamente podrá autorizar el funcionamiento de bancos de órganos en hospitales que realicen trasplante 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 y domicilio de la institución;

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;

Recursos 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.

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 Trasplantes, 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 al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, que llevará el Registro Nacional de Trasplantes, incluyendo un resumen clínico, técnica empleada, evolución y resultado de los trasplantes practicados.

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 anteriores, 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 tratarse 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 anencefalia, 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 setenta y dos 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 trasplante se requiere:

Consentimiento prestado en 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 ocurrido el fallecimiento, conforme lo establecen los Artículos 26 y 27 de la Ley Para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos. 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 inscriba 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 funcionamiento 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, sustancias, productos o aparatos, cuando se presuma

que pueden ser nocivos a la salud del donador o receptor, por la 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 preste 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 V

5. Análisis del Artículo 8 del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos y la autorización para la donación de padres y tutores

5.1. Patria potestad y tutela

5.1.1. Definición de patria potestad

El Artículo 252 del Código Civil, regula que la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores de edad, 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.

Con relación a los hijos adoptivos, solamente pueden tener la patria potestad las personas que los hayan adoptado, de acuerdo al Artículo 258 del Código Civil que establece: la patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado.

Puig Peña afirma que: 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”.²¹

5.1.2. Estudio jurídico doctrinario de patria potestad

En todo grupo familiar tiene que haber un poder de dirección que dé armonía de unidad al mismo. En el grupo matrimonial la autoridad del marido representa ese elemento directivo, que sirve para mantener el orden y la conveniencia 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 Vásquez 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 aquellos, que permite diferenciar un ejercicio conjunto, un ejercicio por uno de los padres con

²¹ Puig Peña. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 430.

consentimiento del otro y un ejercicio por uno de los padres, por ausencia, imposibilidad o incapacidad del otro, esto es, un ejercicio unilateral”.²²

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

Modernamente domina en este tema el principio 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. 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 de la patria potestad queda patente, y no se puede prolongar fuera del término propio.

5.1.3. Definición de tutela

La ley civil guatemalteca regula la tutela en el Artículo 293, especificando que: El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela

²² Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**. Pág. 728.

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.

“Tutela, es la institución jurídica ordinaria de guarda legal de los menores de edad no emancipados que sean huérfanos o cuyos progenitores se encuentren 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”.²³

5.1.4. Estudio jurídico doctrinario de tutela

La tutela es de ejercicio permanente y habitual; no se nombra tutor para ejecutar un acto o negocio, sino para cuidar de modo global de los asuntos patrimoniales y personales del sujeto tutelado. El tutor se nombra entre los familiares más próximos y lo determina la ley o en su defecto un juez. La ley establece un orden de preferencia para ser nombrado tutor, pero el mismo puede alterar éste dependiendo las circunstancias. Pueden ser tutores las personas físicas, y de

²³ Microsoft Corporation. **Diccionario encarta 2004** (17 de junio de 2008).

igual manera pueden serlo las personas jurídicas sin finalidad lucrativa dedicadas a la protección de menores e incapacitados.

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 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 sobre el estado de la administración. Expresión de la vigilancia permanente del juez sobre la tutela es la necesidad de autorización judicial para cualquier actuación del tutor que exceda del ordinario cuidado de la persona y administración de los bienes.

Pueden ser tutores todas las personas, pero quedan excluidos de la tutela quienes estén privados o suspendidos de la patria potestad total o parcialmente; los condenados a pena privativa de libertad, mientras cumplan la condena; los legalmente removidos de una tutela anterior; quienes tengan conflicto de intereses con el tutelado; aquellos en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho; quienes tengan enemistad manifiesta con el tutelado y los que no tengan medio de vida conocido o mala conducta.

5.2. 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 mismos, por tal motivo en vida deben promover la educación y su alimentación, 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 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, 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.

Existen en Guatemala infinidad de casos en que los niños han quedado ciegos, por no poder recibir un tejido u órgano de la vista para recuperarla en muchas

oportunidades el menor no puede recuperar la vista con un trasplante, porque el Artículo 8 de la Ley Para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos no permite que los padres o tutores donen los órganos o tejidos del niño cuando fallece y le da oportunidad solamente a los mayores de dieciocho años para donar sus órganos o tejidos en vida o cuando fallezcan.

En Estados Unidos de Norte América y en la república mexicana sí se permite que los padres o tutores donen los órganos y tejidos humanos de sus hijos o pupilos cuando estos han fallecido, esto provoca que muchos niños que necesitan un órgano o tejido, puedan sobrevivir o llevar una vida normal.

5.3. Donación de órganos y tejidos del menor fallecido

Cada año centenas de personas nacen ciegas o llegan a estar ciegas por daño a la vista. La vista se puede restaurar con un trasplante de córnea. Esta cirugía reemplaza el tejido dañado por una sana. El trasplante de los tejidos de la vista es una operación común, hecha en recién nacidos, o adultos. El año 2005, en Estados Unidos, más de 43,000 personas recuperaron la vista gracias a las familias que eligieron donar ojos. El trasplante de corneas le ofrece a niños y adultos la oportunidad de tener una vida normal al recuperar la vista.

Los niños que nacen con inmunodeficiencias celulares graves son incapaces de producir linfocitos. 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 mexicana se regula que: 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 dos meses a noventa años de edad, claro que la donación va a depender de la valoración 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.

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.

La salud es el regalo más preciado de la vida, sin esta es difícil disfrutar al máximo todos los acontecimientos especiales en los que ríes, juegas, amas, 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 sí es imposible de creer es que existiendo la manera de salvar múltiples vidas, esta oportunidad se desperdicie por falta de información o desconfianza, al negarse a donar los órganos o tejidos al momento de la muerte o a la de algún familiar, sin pensar que un ser querido podría estar en la misma situación de 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 está exento a perderla. La donación de órganos y tejidos humanos no es un simple problema de doctores y enfermos; esto es un problema de carácter moral que envuelve a toda la sociedad, y debido a que concierne a la misma, 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, con el objetivo de darle facultad a los padres o tutores de los menores de edad para que puedan donar los órganos del niño para salvar la vida de otro. guatemaltecos que 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.

5.4. La donación conforme la Ley Guatemalteca

El Artículo 8 de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, regula que 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.

CONCLUSIONES

1. Los menores de edad son desfavorecidos por la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos guatemalteca ya que no regula la donación que pudieren hacer los padres biológicos o tutores de menores de los órganos y tejidos humanos cuando el menor fallezca, tal y como se encuentran regulados en las leyes de Estados Unidos, México y otros países americanos.
2. La donación en general es de causa justa, pues una persona dona a otra los bienes que son de su propiedad, sin el pago de dinero, para que se haga uso de ellos, en la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos no se regula la donación de órganos para menores, por lo que tienen ventajas los mayores de edad porque solo ellos pueden donar.
3. En la ley guatemalteca no se pueden hacer trasplantes a menores, pues solo los mayores pueden donar órganos y tejidos humanos, pues para que un menor reciba un órgano o tejido debe recurrir a países extranjeros donde sí está legalizada la donación de órganos y tejidos humanos de menores fallecidos.
4. La Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala, deja en desventaja a los menores de edad que necesitan un órgano para subsistir o sobrevivir, porque toma como únicos donadores a las personas que han cumplido diez y ocho años.

5. El Artículo 8 de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, Decreto 91-96 del Congreso de la República de Guatemala, considera como potenciales donadores de órganos y tejidos humanos solo a los mayores de edad, por lo que deja en desventaja a los menores de edad, porque es tajante al establecer este precepto.

RECOMENDACIONES

1. El Estado está obligado a velar por darle ventajas a los menores de edad, reformando las leyes que les perjudiquen, en este caso es necesaria la reforma a la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, facultando a los padres biológicos y tutores para que puedan donar los órganos y tejidos humanos de los menores cuando hayan fallecido.
2. Se debe crear consciencia, por los medios de comunicación para incentivar a los padres de menores y tutores a donar los órganos y tejidos humanos de éstos cuando fallezcan, lo que daría como resultado un banco de órganos que podría salvar a muchos menores de la muerte o proteger a otros que necesitan un órgano para llevar una vida normal.
3. El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social debe crear el banco de órganos y tejidos humanos de menores para hacer los trasplantes cuando es necesario, en este sentido se debe concienciar al pueblo para que donen los órganos y tejidos humanos, como una obra de caridad hacia los menores que son el futuro de la patria.
4. El Congreso de la República de Guatemala, reforme la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos en el sentido que los padres biológicos y tutores de menores sean facultados para autorizar la donación de los órganos y tejidos del menor fallecido, siendo éste un sentido moral y social hacia los menores desvalidos, de lo contrario muchos menores pueden fallecer o quedar discapacitados de por vida.

5. El Organismo Ejecutivo, por tener iniciativa de ley, debe presentar un proyecto de reforma al Artículo 8 de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, facultando a los padres biológicos o tutores del menor, para donar sus órganos cuando éstos hayan fallecido, favoreciendo a otro menor que necesita un órgano para sobrevivir.

BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

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.

