

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

**EL TRASPLANTE DE RETINA EN MENORES DE EDAD Y LA PROHIBICIÓN
QUE HACE EL DECRETO 91-96 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA AL
NO PERMITIR LA DONACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS DE
MENORES FALLECIDOS**

NESTOR JOSÉ MARTÍNEZ

GUATEMALA, JULIO DE 2007

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

**EL TRASPLANTE DE RETINA EN MENORES DE EDAD Y LA PROHIBICIÓN
QUE HACE EL DECRETO 91-96 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA AL
NO PERMITIR LA DONACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS DE
MENORES FALLECIDOS**

TESIS

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

NESTOR JOSÉ MARTÍNEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2007.

**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. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	José Luis de León Melgar
Vocal:	Licda.	Ileana Magalí López
Secretario:	Lic.	Roberto Mena Izeppi

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Jorge Mario Álvarez Quirós
Vocal:	Licda.	Crista Ruiz Castillo de Juárez
Secretario:	Lic.	Gustavo Adolfo Cárdenas Díaz

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

DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser supremo, que me ha dado la vida, y dentro de su infinita gracia me ha concedido el privilegio de obtener el grado académico de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, u los títulos de abogado y notario, profesión que sabré desempeñar en forma digna.
- A MI ABUELA:** **Brígida Emiliana Martínez (Q.E.P.D.)**, que con sus sabios consejos he logrado cumplir su deseo.
- A MI MADRE:** **Josefina Martínez (Q.E.P.D.)**, quien después de Dios, es para mí el ser más maravilloso y divino, y quién desde el cielo se regocija de ver a su hijo triunfante, porque este triunfo es de ella.
- A MI ESPOSA:** **Laura Leticia Cruz Benites**, compañera de siempre, gracias por apoyarme para alcanzar esta meta.
- MI HIJO:** **Nestor Joseph Martínez Cruz**, ángel de mi inspiración, bendición que Dios me ha concedido, que mis triunfos sean un aliciente para su vida.
- A MIS HERMANOS:** **Sonia, Fredy, Mario, Gloria, Emiliana y Edna**, con quienes deseo compartir este triunfo.
- A MI SOBRINOS:** Que cada uno de mis logros académicos los incentiven a realizar y cumplir sus metas personales.
- A MI SUEGRA:** **Benigna Benites**, con amor fraterno.
- A LOS PROFESIONALES DEL DERECHO:** **Héctor Flores, Carlos Rodas, Ludwin Villalta, Antonio Reyes, Moisés Castillo, Edgar Castillo, Lidani Martínez, Estuardo Castellanos y Javier Romeo**, con especial efecto.

**A MIS COMPAÑEROS
DE ESTUDIO Y
AMIGOS:**

A quienes deseo éxitos profesionales y que nuestra amistad perdure para siempre.

A:

La gloriosa y tricentenaria **UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**, en especial a **LA FACULTA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**, por recibirme en sus aulas, y de allí tomar todos esos conocimientos que me ayudaron a realizarme como profesional.

A USTED:

Por su presencia. Gracias.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El parentesco y la familia.....	1
1.1. Parentesco.....	1
1.1.1. Definición.....	1
1.1.2. Análisis legal del parentesco.....	3
1.1.3. Reconocimiento de hijo.....	4
1.2. La familia.....	7
1.2.1. Antecedentes históricos.....	7
1.2.2. Definición.....	11
1.2.3. Análisis del derecho de familia.....	12
1.2.4. Condiciones socio- patrimoniales de la familia guatemalteca.....	15
1.2.5. Naturaleza jurídica.....	18
1.2.6. La paternidad.....	19
1.2.7. Filiación.....	22

CAPÍTULO II

2. La donación en general.....	45
2.1. Definición.....	45
2.2. Análisis doctrinario.....	45
2.3. Naturaleza jurídica.....	53

CAPÍTULO III

	Pág.
3. La donación en la ley civil guatemalteca.....	55
3.1 Concepto.....	55
3.2 Análisis jurídico.....	55
3.3 Clases de donación.....	58
3.4 Fines.....	61

CAPÍTULO IV

4. Donación y transporte de órganos y tejidos humanos.....	65
4.1 Aspecto general.....	63
4.2 Nivel estadístico.....	67
4.3 Los trasplantes.....	70
4.3.1. Relación histórica.....	70
4.3.2. Análisis doctrinario.....	71
4.3.3. Requisitos para donar en vida.....	74

CAPÍTULO V

5. La donación de acuerdo del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala	75
5.1. Análisis jurídico.....	75

CAPÍTULO VI

	Pág.
6. Análisis del artículo 8 del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala	87
6.1. Autorización de los padres o tutores.....	87
6.2. Donación de órganos y tejidos del menor fallecido.....	88
6.3. La donación conforme al artículo 8 del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala.....	91
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97

INTRODUCCIÓN.

Conforme el Artículo tres de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, sólo las personas mayores de 18 años se consideran como donadores potenciales de órganos y tejidos humanos.

El fondo del problema consiste en que únicamente pueden donar órganos los mayores de 18 años, por lo que el órgano donado solamente puede ser compatible con otra persona mayor de edad, y nunca con un menor enfermo que necesite un órgano para su recuperación. En tal sentido, la ley desprotege al menor, grado de solamente esperar la muerte, pues al no podersele donar un órgano, el menor enfermo estará condenado a la muerte, o bien a vivir atrofiado.

El legislador, quiso proteger a los menores, pero no tomó en cuenta el cadáver del menor, cuyos órganos y tejidos pueden darle vida a otro menor que los necesite, o donar y tejido para que el menor pueda sobrevivir en forma normal, sin impedimentos.

Si bien es cierto que un menor de edad no podría de ninguna manera donar un órgano o tejido humano, por la incapacidad de a su minoría de edad, sin embargo los padres o los tutores del mismo puedan dar autorización para que se le extraigan los órganos cuando éste fallezca.

Uno de los riesgos en materia de salud en los menores, se relaciona con el sentido de la vista, especialmente en la retina, por lo que los menores no pueden recibir este tejido en virtud de prohibirlo la ley, por lo que los padres de estos consiguen los mismos en otros países mediante donaciones o por pago de cantidad efectiva.

La justificación del problema consiste en que la ley no puede discriminarla a menores enfermos, y proteger solamente a los mayores de edad que necesiten el trasplante de un órgano, sino que debe de proteger al menor dando facultades a los padres o tutores para que en el momento que el menor fallezca puedan ser extraídas las retinas del fallecido para la recuperación de otros menores.

En otros países como España, México y Argentina, el padre o tutor del menor puede donar tantas retinas, como órganos y tejidos humanos cuando el menor fallece.

La solución al problema deviene en reforma la última parte del Artículo ocho del Decreto 91-96 del Congreso de la República, autorizando al padre o tutor del menor, para que cuando éste fallezca pueda extraérsele los órganos necesarios para la recuperación de niños que se encuentran esperando la muerte por falta de donadores, o esperando sobrevivir libre de impedimentos físicos.

El objetivo general de la investigación es: Demostrar que se hace necesario reformar el Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala, para que los padres o tutores del menor que fallece, puedan donar las retinas y ser aprovechadas por otros niños que las necesita para llevar una vida normal.

Los objetivos específicos son: 1. Demostrar que el Estado está obligado a velar por la integridad física del menor de edad, y por lo tanto, en la donación de retinas debe velar para incluirlos en la ley correspondiente. 2. Analizar las ventajas que conlleva la inclusión del menor de edad en la ley que regula la donación de órganos y tejidos humanos, cuya autorización deben darla los padres o tutores del menor fallecido. 3. Estudiar la autorización que puedan los

Padres o tutores del menor de edad, para donar las retinas del menor fallecido para que sean utilizadas científicamente por otro niño que las necesite para sobrevivir.

Los supuestos de la investigación fueron: 1. La donación de órganos y tejidos humanos, es un acto voluntario del donante hacia el donatario, para que sobreviva cuando el órgano le sea vital. 2. La donación y tejidos humanos, es un acto de caridad, de humanidad, en la cual la persona dona sus órganos para que otro sobreviva. 3. El Decreto 91-96 del Congreso de la República, solamente regula la donación entre mayores, dejando desprotegidos a los menores de edad, pudiendo sobrevenirles la muerte por no haber órganos de donantes. 4. La donación de retinas no está permitida en Guatemala, cuando el donante es menor aunque haya fallecido y quieran dar autorización los padres o tutores.

El método más importante utilizado en la investigación fue deductivo; la técnica fue la documental, por lo que constituye un trabajo científico de orden jurídico.

La presente investigación consta de seis capítulos; el primero, se refiere al parentesco y la familia, definiéndolos, se hace un análisis legal del parentesco, el reconocimiento de hijo, se estudia la familia, sus antecedentes históricos, se estudia el derecho de familia, las condiciones socio-patrimoniales de la familia guatemalteca, la naturaleza jurídica, la paternidad y filiación; el segundo, analiza de la donación en general, se hace la definición, se analiza doctrinariamente y su naturaleza jurídica; el tercero, estudia refiere a la donación en la ley civil guatemalteca, conceptuándola, se realiza el análisis jurídico, las clases de donación y sus fines; el cuarto, trata de la donación y trasplante de órganos y tejidos humanos, se estudia el aspecto general, el nivel

estadístico y los trasplantes desde el punto de vista histórico, y se analizan los requisitos para donar en vida; el quinto, se refiere a la donación de acuerdo con el Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala, se hace el análisis jurídico, se establecen las bases para reformar la ley y se complementa con un anteproyecto de reforma; en el sexto, se analiza el Artículo ocho del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala, se estudia la donación de órganos y tejidos del menor fallecido y la donación conforme al Artículo ocho del Decreto mencionado.

CAPÍTULO I

1. El parentesco y la familia

1.1. Parentesco

1.1.1. Definición

Eduardo Vásquez Bote, define el parentesco como “Relación entre personas adscritas o pertenecientes a un mismo grupo y con ascendencia”¹.

Parentesco, en el derecho, es relación que media entre personas que tienen un ascendiente común a todas ellas: en el parentesco en línea recta, además, una o varias personas descienden de otra, mientras que en la línea colateral se es pariente sólo por existir una persona que, a la vez, es ascendiente de todos los unidos por esta clase de parentesco. Puede ser el parentesco matrimonial y extramatrimonial, según que la generación de los parientes se haya producido dentro del matrimonio o fuera de él.

Los hermanos, son de doble vínculo cuando proceden del mismo padre y madre, y de vínculo sencillo cuando tienen en común un solo progenitor y no el otro.

Hasta aquí el parentesco llamado de consanguinidad. Hay otro parentesco de alcance y efectos mucho más limitados, el que la gente llama parentesco político y los legisladores denominan de afinidad, que une a todos los parientes consanguíneos de una persona con el cónyuge de éste (por ejemplo, los cuñados).

Cuando el Código Civil habla de hijos, padres o hermanos sin hacer especificación alguna, se refiere en exclusiva al parentesco por consanguinidad.

¹ Fundación Tomás Moro, **Diccionario jurídico Espasa**, pág. 719.

Los cónyuges no son parientes entre sí: tan sólo son cónyuges.

La ley obliga a los ascendientes y descendientes y a los cónyuges no separados a suministrarse alimentos entre sí, en caso de necesidad. Éstos comprenden, además de la alimentación en si misma, los cuidados más elementales para la salud y la formación del alimentista.

La obligación de alimentos es recíproca. Esto es, el que los suministra hoy al pariente necesitado, podrá pedírselos mañana si éste último ha mejorado de fortuna y el primero empeora hasta hallarse en una situación de necesidad que le lleve a reclamarlos.

La evolución del parentesco y su terminología ha sido objeto de interés para los antropólogos desde el siglo XIX, cuando el estadounidense Lewis Henry Morgan desarrolló su teoría del parentesco. Morgan mantenía que la terminología del parentesco utilizada en sociedades menos desarrolladas reflejaba un bajo nivel de desarrollo cultural, y que la terminología habitual en las sociedades más desarrolladas indicaba un estado avanzado de desarrollo. Esta teoría fue abandonada cuando se descubrió que los pocos sistemas de parentesco vigentes existen tanto entre los pueblos menos desarrollados desde el punto de vista tecnológico como en los más avanzados.

Algunas teorías no evolucionistas consideran los términos para designar a los parientes como una consecuencia de influencias y modificaciones culturales, como un medio para comprender ciertos aspectos de la historia de una determinada sociedad e incluso como un fenómeno lingüístico. Un enfoque antropológico muy común es el funcional que relaciona los términos de parentesco y la conducta real. Según esta teoría, los términos cumplen la función de ser las claves que permiten comprender el tipo de vínculos y los valores existentes entre gentes de una misma sociedad.

El parentesco entraña gran importancia en los estudios antropológicos ya que es un fenómeno universal, denota ciertos vínculos humanos fundamentales que establecen todos los pueblos y refleja la forma en que los pueblos otorgan significado e importancia a las interacciones entre los individuos.

1.1.2. Análisis legal del parentesco

El Artículo 190 del Código Civil, establece las clases de parentesco, estipulando “La ley reconoce el parentesco de consaguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo grado, y el civil, que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado. Los cónyuges son parientes, pero no forman grado”.

El parentesco por afinidad se computa del mismo modo que el de consanguinidad, y concluye por la disolución del matrimonio.

El parentesco por consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor, mientras que el parentesco por afinidad, es el vínculo que une a un cónyuge con el otro y sus respectivos parientes consanguíneos.

El parentesco se gradúa por el número de generaciones; cada generación constituye un grado.

La serie de generaciones o grados procedentes de un ascendiente común forma línea.

La línea recta, sea ascendente o descendente, hay tantos grados como generaciones, o sea tantos como personas, sin incluirse la del ascendiente común.

En la línea colateral colateral los grados se encuentran igualmente por generaciones, subiendo desde la persona cuyo parentesco se requiere probar hasta el ascendiente común y bajando desde éste hasta el otro pariente.

1.1.3. Reconocimiento de hijo

El reconocimiento se encuentra regulado en los Artículos 426 al 429 del Código Civil.

El reconocimiento que se efectuare en el Registro, se hará constar en el libro respectivo, por medio de una acta que firmarán el registrador y el padre que hiciere el reconocimiento.

En el acta se expresará el nombre, apellido, edad, estado, profesión, nacionalidad y domicilio del que hace el reconocimiento: así como el nombre, lugar y fecha en que nació el hijo a quien se reconoce.

El registrador hará constar si conoce al que comparece como progenitor y, en caso negativo, exigirá la cédula de vecindad o la comparecencia de dos testigos de conocimiento, que firmarán el acta.

En el reconocimiento por escritura pública o por testamento, la inscripción en el Registro se hará en vista del testimonio.

Conforme al Artículo 211 del Código Civil, el reconocimiento voluntario puede hacerse:

- 1º. En la partida de nacimiento, por comparecencia ante el registrador civil;
- 2º. Por acta especialmente ante el mismo registrador;

- 3º. Por escritura pública;
- 4º. Por testamento; y,
- 5º. Por confesión judicial.

En los tres casos últimos, debe presentarse al registrador civil el testimonio o certificación del documento en que conste el reconocimiento para su inscripción y anotación en partida de nacimiento (último párrafo del Artículo 211 del Código Civil).

El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo. Si se ha hecho en testamento y éste se revoca, no se tiene por revocado el reconocimiento. Tampoco puede sujetarse a ninguna modalidad (Artículo 212 del Código Civil).

Es válido el reconocimiento que se hace por medio de testamento, aunque éste se declare nulo por falta de requisitos testamentarios especiales que no hubieran anulado el acto si sólo se hubiere otorgado el reconocimiento (Artículo 213 del Código Civil).

De acuerdo al Artículo 214 del Código Civil), los padres pueden reconocer al hijo conjunta o separadamente.

El reconocimiento hecho por uno solo de los padres, sólo produce efecto respecto de él.

El padre o la madre que no intervino en el acto, así como el propio hijo o un tercero interesado legítimamente, puede impugnar el reconocimiento, dentro de seis meses a contar del día en que tal hecho fuere conocido por ellos.

Si el hijo fuere menor de edad, puede contradecir el reconocimiento dentro del año siguiente a su mayoría.

Cuando el padre o la madre hicieren el reconocimiento separadamente, no estarán obligados a revelar el nombre de la persona con quien hubieren tenido el hijo (Artículo 215 del Código Civil).

No será permitido al padre hacer reconocimiento de hijos, atribuyendo la maternidad a una mujer casado con otra persona, salvo que el marido haya impugnado la paternidad y obtenido sentencia favorable.

En caso de muerte o incapacidad del padre o de la madre, el hijo puede ser reconocido por el abuelo paterno o por el abuelo materno, respectivamente (Artículo 216 del Código Civil).

Si el incapaz recobrar la salud, podrá impugnar el reconocimiento dentro del año siguiente al día en que tenga conocimiento de aquel hecho.

Conforme al Artículo 217 del Código Civil, el varón menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o, a falta de ésta, sin la autorización judicial.

La mujer mayor de catorce años sí tiene la capacidad civil necesaria para reconocer a sus hijos sin necesidad de obtener el consentimiento a que se adujo anteriormente (Artículo 218 del Código Civil).

Cuando el reconocimiento proceda de sentencia de los tribunales, el juez de oficio o a solicitud de parte, enviará al Registro, copia de la ejecutoria en que se declare la filiación, para que se haga la inscripción que corresponda o, en su caso,

copia certificada del acta de confesión judicial en que conste el reconocimiento (Artículo 429 del Código Civil).

El reconocimiento del menor de edad conlleva las obligaciones que imponen las leyes, dándose la potestad a la madre para que pueda actuar judicialmente contra la persona que se niegue a reconocer al hijo estando plenamente probada la calidad de padre. En este caso la madre puede acudir al órgano jurisdiccional respectivo para obligar al padre del menor al reconocimiento por medios judiciales.

La negación del reconocimiento de un menor da a entender que el hogar se encuentra desintegrado, siendo muchas veces por violencia intrafamiliar.

1.2. La Familia

1.2.1. Antecedentes históricos

“Morgan es el primero que con conocimiento de causa ha tratado de introducir un orden preciso en la prehistoria de la humanidad; las agrupaciones adoptadas por él permanecerán, de seguro, en vigor todo el tiempo en que no obliguen a modificarlas documentos más abundantes.

Dicho está que de las épocas principales -salvajismo, barbarie, civilización- sólo se ocupara de las dos primeras y del paso a la tercera. Divide cada una de las dos en los estadios inferior, medio y superior, según los progresos realizados en la producción de los medios de existencia. Porque dice: “la habilidad en esta producción es lo más a propósito para establecer el grado de superioridad y de dominio de la naturaleza conseguido por la humanidad: el ser humano es, entre todos los seres el único que ha logrado hacerse dueño casi en absoluto de la producción de víveres. Todas las grandes épocas del progreso de la humanidad coinciden de una manera mas o menos directa con las épocas en que se extienden

los medios de alimentarse. El descubrimiento de la familia camina al mismo paso, pero sin presentar caracteres tan salientes en lo que atañe a la división de los períodos”².

Aceptando el relato bíblico de la creación de la especie humana o situándose, más neutral y críticamente, en cualquier estirpe actual, resulta indudable la necesidad de una pareja (hombre y mujer) que se una con la estabilidad conyugal religiosa o laica, o guiados los consortes tan sólo por un nexo impulsivo natural, con convivencia más o menos prolongada, para que se denomine familia a esa pareja, o al menos, al progenitor supérstite, y al hijo o hijos nacidos de esa unión y que han conservado cohesión con el padre o la madre o con uno de ellos por lo menos.

“Situándose en lo sociológico, a través de lo jurídico, corresponde declarar que, en el derecho romano, el concepto de la familia fluctuó considerablemente en el curso de su historia:

- En la época clásica se entendía por familia el grupo constituido por el **pater familia** y las personas sometidas a su potestad.
- En sentido más amplio, comprendía a los agnados (pariente por consanguinidad) salidos de la misma **domus** (casa), y que habían estado o habrían estado bajo la autoridad del mismo jefe de familia.
- En significado más extenso aún, familia equivalía a “**gens**” (gente o pluralidad de personas).

² Engels, Federico, **Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado**, pág. 23.

- Por familia se estimaba asimismo el conjunto de esclavos que dependían del mismo amo o señor.
- Familia se tomaba como patrimonio o totalidad de bienes pertenecientes a una persona”³.
- En la época romana antigua se conoció la figura del pater familia, que era el padre de familia, en tanto que progenitor y, más aún, como jefe de la institución familiar romana.

Acerca de las potestades del pater familia romano, verdadero jefe doméstico absoluto, en hogar, todos los de él dependiente y todos sus bienes, constituían un minúsculo Estado. Ulpiano expresa que es aquel que tiene dominio en su casa, aunque no tenga hijos; pues con tal palabra no se designa solamente a la persona, mas también su derecho. De ahí que cupiera denominar “pater familia” al pupilo, de modo análogo a la denominación de madre de familia, para la mujer de vida honesta; porque, al decir del mismo y grande jurisconsulto romano, ni las nupcias ni el nacimiento , sino las buenas costumbres hacían a la madres de familia.

“El jefe de la familia romana era al mismo tiempo propietario, el juez y el sacerdote de su familia o de los suyos. Como monarca en un mundo privado, orientaba un triple poder: la **dominicas potestas**, sobre todas las cosas de él y de los suyos, que no poseían patrimonio independiente; la **patria potestas**, autoridad sobre los hijos y demás personas dependientes de él, como nueras, nietos y esclavos, con facultad incluso de privarles de la vida; y, la **manus**, o potestad sobre la mujer, cuando hubiere contraído con ella justas nupcias”⁴.

³ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 331.

⁴ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 140.

“Goodsel dice que la fuerte unidad de la familia romana se preservó durante siglos porque el **pater familias** estaba investido de todos los derechos religiosos, como sacerdote del culto a los antepasados de la familia; de todos los derechos legales, como única persona de la familia reconocida por el Derecho Romano; y, de todos los derechos económicos, muebles e inmuebles. Hasta el primer siglo del Imperio no comenzaron a limitarse las facultades de tal soberano del hogar y de la estirpe”⁵.

La condición de pater familias exigía ser ciudadano **sui juris**, a lo que se unían la autoridad paterna, la **manus** y el **mancipium**. Estos derechos correspondían exclusivamente a los hombres; al punto de que, aun reconociéndose que la mujer pudiera ser sui juris y se llamara entonces “**mater familias**”, casada o no, siempre que fuera honesta, no podía ejercer esas potestades.

“Con respecto a las personas, la potestad paterna, erigiendo al jefe de la familia en magistrado doméstico, no conocía límites. Podía así dar arbitrariamente muerte a los que dependieran de él, en virtud del denominado “**Jus vitae et necis**”; aunque ya se cita que el emperador Adriano desterró a uno de esos parricidas, que mató al hijo por haber adulterado con su suegra. Esa decisión inspiró a Marciano la máxima “**Patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere**” (la patria potestad debe consistir en la piedad, no en la crueldad). En tiempo de Constantino, culminando la decadencia de ese rigor, reducido como en la actualidad a un derecho de corrección, de la impunidad se pasó al delito y se penaba como parricidio la muerte dada al hijo”⁶.

“Lo cierto es que el régimen patriarcal está representado, ante todo, por la familia semítica y por la romana, donde la misma etimología latina explica el sentido histórico de la familia patriarcal: **Famulus**, que quiere decir tanto como esclavo doméstico (al principio amplísima **géns**, y después restringido, que se fija

⁵ **Ibíd.**, pág. 140

⁶ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 146.

con Justiniano, comprendiendo a la familia propiamente dicha), articulado en la persona del **pater familias**, que tenía proyección política y verdadera soberanía en el orden religioso. La patria potestad sobre los hijos era, al principio absoluta, aunque luego fue recibiendo merma en sus atribuciones. La **manus** del marido sobre la mujer fue también en un primer momento de matiz absorbente, con la consiguiente desigualdad de la mujer, tanto en el plano social como en el jurídico”⁷.

1.2.2. Definición

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española “La familia es el grupo de personas emparentadas entre sí, que viven juntos, grupo de ascendientes, descendientes colaterales y afines a un linaje”⁸.

Por otra parte Carlos Humberto Vásquez, manifiesta “En su más extensa significación, familia es el conjunto de personas ligadas entre sí por lazos de parentesco. En sentido limitado o estricto, expresa la parentela de mayor proximidad, esto es, el grupo social integrado por el padre, la madre y los hijos de ellos procedentes”⁹.

“Se define a la familia, como una unidad social basada en los lazos de parentesco, con residencia común y en que se movilizan conjuntamente los recursos para producción”¹⁰

Sánchez Román la define como “Institución ética, natural, fundada en la relación conyugal de los sexos, cuyos individuos se hallan ligados por lazos de

⁷ Fueyo, Laneri, **Derecho de familia**, pág. 30.

⁸ **Diccionario de la lengua española**, pág. 949.

⁹ Vásquez, Carlos Humberto, **Derecho Civil I**, pág. 98.

¹⁰ Blandón de Cerezo, Raquel, **La mujer y la familia en Guatemala**, pág. 9.

amor, respeto, autoridad y obediencia; institución necesaria para la conservación, propagación y desarrollo, en todas las esferas de la vida, de la especie humana”¹¹.

Díaz Guijarro, manifiesta “Institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación”¹².

Federico Puig Pena, define a la familia de la siguientes manera: “Es aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida”¹³.

Al igual que de otras cualesquiera manifestaciones del Derecho, puede hablarse de familia en un doble sentido. Así, en sentido objetivo se entiende por Derecho de familia al conjunto de normas, los derechos de familia son facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que, dentro del grupo familia mantiene cada uno de los miembros con los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar.

Así pues, el derecho de familia, es la reglamentación jurídica que el legislador estableció para la buena relación entre cónyuges e hijos, y la forma de arreglar sus diferencias cuando uno de ellos comete faltas dentro de régimen familiar establecido.

1.2.3. Análisis del derecho de familia

¹¹ Sánchez Román, Luis, **El derecho de familia**, pág. 245.

¹² Díaz de Guijarro, José, **Derecho natural**, pág. 68.

¹³ Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, pág. 18.

En sentido propio y estricto se denomina familia al organismo social constituido por los cónyuges y los hijos nacidos de su matrimonio, o adoptados por ellos, mientras permanezcan bajo su autoridad y dependencia.

Al puntualizar que se trata de una conceptualización estricta, queda indicado que existe otra amplia; y, en efecto, la familia **lato sensu** es el grupo constituido por el matrimonio, los hijos matrimoniales y otras personas relacionadas con ello por vínculos de sangre, afinidad o dependencia en mayor o menor grado.

Y al calificar el primer concepto como propio, también queda apuntado que hay otro sentido impropio del término familia; efectivamente, con impropiedad, al menos, sin rigurosa propiedad, se llama familia a las personas que descienden unas de otras o que tienen un origen común, al margen del matrimonio. El término propio para calificar estos vínculos es parentesco. Así, se decía que había familiares que no eran parientes (los cónyuges), parientes que no eran familiares (colaterales), y parientes que eran también familiares (hijos matrimoniales).

Es, por tanto, la naturaleza de la familia independiente y previa al Derecho Positivo; su naturaleza responde a unos presupuestos naturales -el matrimonio y la generación; en la familia impropia, la generación sólo; en el sentido lato de familia, además, el parentesco- y produce unos efectos -fidelidad, auxilio- también naturales. Junto a estos presupuestos y efectos naturales, esenciales al ser de la verdadera familia, ésta suele estar dotada de unos atributos que, normalmente, la acompañan; pero sin los cuales subsiste la familia en cuanto tal; principalmente el cariño y la convivencia; y la cultura de cada época y lugar le atribuye notas accidentales, aunque normalmente dependiente de los caracteres esenciales y naturales.

Como realidad natural la familia es, un **prius** (principio) para el derecho positivo: no depende de éste en el “sí” ni en el “como”. Es independiente de él, y determinante del mismo, pues necesita servirse instrumentalmente de normas positivas para el mejor cumplimiento de sus fines. Hombres y mujeres se casan y tienen hijos, no porque el código regule el matrimonio y la filiación; el Código regula el matrimonio y la filiación; porque los hombres y las mujeres se casan y tienen hijos, lo cual produce una trama de relaciones, que, contempladas por el Derecho, y reguladas por el mismo en orden a su fin (el bien común temporal basado en la justicia), deviene relaciones jurídicas de las que, a su vez, se deducen derechos, deberes, funciones y potestades que están así determinadas por la naturaleza de la familia.

De lo anterior se deduce que el derecho no puede desconocer la familia ni su constitución, el modo de ser, natural, sino debe reconocer esa realidad y, conforme a su esencia y consistencia, regularla en orden a su fin específico, el fin jurídico indicado. En otras palabras, el derecho positivo de familia está inmediatamente determinado por el derecho natural, al que no puede contradecir.

Francisco de Asís Sancho Rebullida, manifiesta “La vinculación del Derecho positivo es total en lo que afecta a los presupuestos y efectos esenciales, aunque falten atributos meramente naturales. Para el Derecho existe matrimonio cuando los contrayentes tienen voluntad -exenta de vicios- de contraerlo, aunque sea sin amor, por interés y otros móviles ajenos al cariño. Y un padre no puede desentenderse de la crianza y educación de los hijos menores, aunque no vivan con él y aunque no los quiera o no sea correspondido el cariño paterno. Y es en el campo de los atributos accidentales donde la ley positiva goza de mayor autonomía, así, al fijar las incompatibilidades por razón de parentesco, o el límite a

la eficacia jurídica del mismo (alimentos, sucesión legal), al regular los regímenes de bienes del matrimonio o los requisitos para la adopción, etc.”¹⁴.

1.2.4. Condiciones socio-patrimoniales de la familia guatemalteca

La mayoría de las familias guatemaltecas se caracterizan por tener niveles económicos bajos para la subsistencia, en consecuencia afrontan problemas económicos.

El ochenta y tres por ciento de las familias guatemaltecas son pobres por lo tanto, afrontan serios problemas económicos, entre otros los de vivienda que hacen que en Guatemala existan muchas familias extensas, las cuales se definen como la unidad social que comprende los padres y los hijos, y a otros parientes más distantes, quizá abuelos o tíos que viven bajo el mismo techo.

También existen familias conformadas únicamente por un hombre, una mujer y los hijos, es decir, las familias llamadas nucleares.

Además la mayoría carece de vivienda, lo que hace que muchas familias vivan a orillas de laderas y barrancos, con la peligrosidad que puedan ser destruidas por desastres naturales. La escasez de vivienda hace que muchas familias vivan hacinadas entre padres, hijos, abuelos, nietos, tíos y otros familiares, para paliar la pobreza extrema.

Aunque la familia guatemalteca tome diferentes formas, tenga mayor o menor existencia y esté sujeta a permanente evolución, se conserva en lo fundamental un concepto de imagen de ella, que puede considerarse como un común denominador. En primer lugar la familia constituye por lo general la

¹⁴ Fundación Tomás Moro, **Diccionario jurídico espesa**, pág. 409.

organización mínima y fundamental de la sociedad, tanto de pertenencia como de referencia.

La familia es la célula primaria de la sociedad, en donde se reproducen los valores del contexto social en el cual se desenvuelve, en íntima interrelación con las condiciones imperantes en dicha sociedad.

Como resultado de la infraestructura social en la cual se desarrolla la familia, la estructura familiar en Guatemala es diversa.

El derecho de familia ofrece notables peculiaridades en cuanto al patrimonio, e incluso al de sucesión **mortis causa**. Sus características principales son:

- **Contenido ético:** La explicación del hecho familiar, conceptos y características, se comprende que la más íntima y radical regulación de aquél sea moral; un conjunto de reglas éticas que luego el Derecho transforma en jurídicas hasta donde ello es posible y conveniente. Lo cual explica la naturaleza jurídica de los preceptos jurídicos, la práctica incoercibilidad del quebrantamiento de las normas jurídicas y de las obligaciones, hacen que la persona cumpla y no quebrante las mismas, de lo contrario se sanciona al infractor de la regla.
- **Transpersonalismo:** Mientras en los demás tratados del Derecho privado la ley sirve al interés particular para fines individuales de la persona, y el derecho subjetivo - atribuido en función de tales intereses y fines- se ejerce o no al arbitrio de su titular. En las relaciones familiares prevalece un superior interés de la familia, por las necesidades de ésta, y no a las del individuo, pretende proteger el ordenamiento jurídico. De ahí que los poderes y facultades familiares tengan un acentuado aspecto de función.

Así, junto al derecho subjetivo (a su vez, cualificado), adquiere relevancia, en el Derecho de familia, un concepto olvidado en el patrimonial, el de potestad, lado activo de toda relación familiar de dependencia. Representa el poder directo sobre la persona, categoría que ha desaparecido del derecho privado en todas las zonas distintas del derecho de familia; en éste ya no existe la **manus** romana del marido ni el **ius vita et necis** del padre medieval, pero sólo la noción de potestad -a la que corresponden deberes de obediencia y respeto- explica, por ejemplo, la naturaleza específica del derecho de corrección inherente a la patria potestad. La potestad versa sobre una conducta no sólo actual, sino habitual.

- **Limitada autonomía de la voluntad:** En el derecho de familia es muy superior al resto de los tratados del Derecho civil la proporción de normas imperativas e indisponibles. La autonomía de la voluntad, en general, queda limitada a la mera creación del vínculo familiar, a la celebración o no de los actos de que depende el **status familiae**, cuyos efectos escapan a su posibilidad configuradora. En ámbitos, empero, desvinculados del status (capitulaciones matrimoniales, por ejemplo) tiene mayor ámbito de actuación la voluntad privada, el querer individual.

Queda así el derecho de familia dentro del derecho privado, siquiera como parte o tratado muy característico y diferenciado en el conjunto de derecho civil. Otra cosa es su íntima relación y la influencia de determinados ámbitos del derecho público en el derecho familiar.

“De las distintas partes en que se divide el derecho privado, la del Derecho de familia es la que ofrece un carácter más singular. Y es que, como lo hizo notar Planiol, se observa en este Derecho un fundamento natural de que carecen el resto

de las relaciones jurídicas que se pueden constituir entre los hombres. De este fundamento natural se deducen las siguientes consecuencias:

- La ley de la naturaleza impone a este aspecto una ley de las conciencias, por lo que el Derecho de familia tiene un sentido predominantemente ético y, por ende, sus normas ofrecen carácter más bien moral que jurídico.
- El predominio de las relaciones estrictamente personales sobre las patrimoniales derivadas de aquéllas, toda vez que el basamento natural de la familia hace que las relaciones personales de la misma sean superiores en rango a las patrimoniales. Pero es que, además, las personales son muy características, actuando muy poco en ellas el instinto de la representación, y siendo, por regla general, inalterables, irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles. Las mismas relaciones patrimoniales sufren, por esa interferencia del lazo natural, una especie de derogación de los principios que gobiernan los derechos patrimoniales. Como dice Ruggiero, el usufructo del padre no es un mero usufructo común, ni la obligación entre parientes constituye un simple derecho de crédito, como el nacido de los contratos o de los delitos. Las funciones del tutor pueden regirse por iguales normas que las que presiden el contrato de sociedad o la comunidad entre herederos. Hay en ella un algo especial que desvirtúa su común esencia, pues se trata de proteger intereses opuestos, sino de aunar estos intereses en el plazo superior, para dar vida y eficacia a la institución natural de la familia.
- La primacía del interés social sobre el individual¹⁵.

1.2.5. Naturaleza jurídica

“La familia nuclear (matrimonio e hijos que dependen de ellos) constituye una comunidad de vida plena y total, un ámbito vital cerrado y autónomo frente al

¹⁵ Puig Peña, Federico, **Ob. Cit**; Pág. 26.

Estado y a la sociedad; por encima del bien y de los intereses individuales de sus componentes, hay un bien familiar y un interés familiar, los cuales requieren la devoción y la capacidad de sacrificios de todos”¹⁶.

Esto no significa que se halle sustraída al ordenamiento estatal ni que éste carezca de toda autonomía; el derecho positivo debe regular en orden al fin jurídico, bien común en base a la justicia, los correspondientes aspectos de la realidad familiar, pero respetando las líneas maestras, sus presupuesto, caracteres y efectos esenciales; y respetando también el desarrollo interno de la familia.

En toda la evolución histórica del derecho de familia, siempre ha estado éste situado entre las ramas fundamentales del Derecho civil, formado, con derechos reales, de crédito y de sucesiones, la cuatripartición clásica de aquella rama fundamental de las relaciones jurídicas. Pero en los últimos tiempos, gran número de tratadistas estimaron la naturaleza privada de este Derecho como poco correcta y fuera, por así decir, de los principios generales de la técnica del Derecho.

Entonces la naturaleza jurídica de la familia consiste en que el respeto mutuo debe prevalecer, y el Estado estará obligado a interceder únicamente cuando se quebranten las normas estipuladas en la ley, teniendo la familia autonomía en sus decisiones.

1.2.6. La paternidad

Cabanellas, al referirse a la paternidad, la define como “Calidad de padre, vínculo natural, legal y moral que lo une con su hijo”¹⁷.

¹⁶ *Ibidem.*, pág. 26.

¹⁷ Cabanellas, Guillermo, *Ob. Cit*; pág. 146.

La paternidad es la relación de padre a hijo, regulándose legalmente para la mejor convivencia entre ambos.

Las palabras paternidad y filiación indican calidades correlativas, esto es, aquélla la calidad de padres, y ésta la calidad de hijos. La paternidad y filiación de tres maneras:

- Naturales y civiles, con respecto al padre y a los hijos nacidos de legítimo matrimonio.
- Naturales solamente, con respecto al padre y a los hijos nacidos fuera del matrimonio.
- Solamente civiles, con respecto al padre y a los hijos adoptivos.

El Artículo 199 del Código Civil, estipula que “El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable.

Se presume concebido durante el matrimonio:

- 1º. El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y,
- 2º. El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio”.

Contra la presunción del artículo anterior no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia.

El Artículo 201 del Código Civil, estipula “El nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, se presume hijo del marido si éste no impugna su paternidad.

La impugnación no puede tener lugar:

- 1º. Si antes de la celebración del matrimonio el marido tuvo conocimiento de la preñez.
- 2º. Si estando presente en el acta de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, el marido firmó o consintió que se firmara a su nombre la partida de nacimiento.
- 3º. Si por documento público o privado, el hijo hubiere sido reconocido por el marido”.

La acción del marido negando la paternidad del hijo nacido de su cónyuge, deberá intentarse judicialmente, dentro de sesenta días, contados desde la fecha del nacimiento, si está presente; desde el día en que regresó a la residencia de su cónyuge, si estaba ausente; o desde el día en que descubrió el hecho, si se le ocultó el nacimiento.

Los herederos del marido solamente podrán continuar la acción de impugnación de la paternidad iniciada por él, pero este derecho podrán ejercitarlo únicamente dentro de sesenta días contados desde la muerte del marido.

La paternidad conlleva la responsabilidad de la educación y manutención de los hijos y de la mujer en el seno familiar, por lo tanto la concordia en la familia es su principal características, desvirtuándose ésta cuando existe violencia intrafamiliar, teniendo como consecuencia la desintegración de la misma,

provocando que los hijos busquen la calle donde encontrarán al principio amistad, pero luego pueden llegar a la delincuencia en perjuicio de la sociedad.

1.2.7. Filiación

En el derecho moderno, diversos tratadistas se han ocupado en sus escritos de dar una definición sobre esta institución jurídica que hoy en día tiene una gran importancia y suscita gran número de problemas, así se tiene que algunos autores, como Cicu y Planiol, se fijan sólo en el término de paternidad, criterio que es seguido por los antiguos autores y por ende denominado criterio clásico.

En realidad, la situación entre estos dos términos no es solo cuestión de palabras ya que se trata de dos ideas que constituyen un relación lógica y necesaria, pues la una supone y lleva consigo la otra, toda vez que el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin padre. Son pues términos jurídicos de una misma relación. Los dos nombres de las puntas del eje paterno-filial; en una están los padres y por ello se llama paternidad y en la otra, los hijos y por ello se llama filiación.

En relación a este término el autor Castán Tobeñas da una definición no concreta de la filiación, pero se puede deducir lo que sobre este aspecto piensa cuando manifiesta que “La relación de paternidad y filiación es la que se da entre padres e hijos, o sea entre generadores. Constituyendo la filiación un hecho natural, ya que esta basada en la procreación de un hecho jurídico, puesto que produce consecuencias jurídicas”¹⁸.

En virtud de lo anterior es conveniente dedicar una parte de este estudio al análisis de los antecedentes históricos de esta institución jurídica.

¹⁸ Castán Tobeñas, José, **Derecho civil español común y foral**, pág. 5

Es necesario al hacer un estudio de la historia de la filiación, principiar hasta donde sea posible por los inicios de la sociedad y con ello llegar a la sociedad actual.

Federico Ángel, propone un orden científico acerca de la evaluación de la familia con diferentes etapas que conllevan también distintas formas de determinar la filiación, dependiendo del grado de desarrollo que tuvieran éstas, tanto en sus fuerzas productivas, como en sus elementos super-estructurales.

En la antigüedad, como paso de transición se conocieron las siguientes formas:

- **Familia consanguínea**

En esta clase de familia únicamente estaba prohibida la relación sexual entre padres e hijos, por lo demás la familia se desenvuelve en un estado completamente de promiscuidad. Se desconoce completamente la institución del matrimonio; por lo que los hijos se consideran de la comunidad o tan solo de la mujer¹⁹.

- **Familia punalúa**

En este tipo de familia se excluye no solo la relación sexual entre padres e hijos, sino también la que pueda existir entre hermanos nacidos de una misma madre, puesto que la madre llama hijos a los suyos y a los hermanos de toda la familia común, o sea, a los hijos de sus hermanos, primos; pero en determinado momento sí sabe distinguir en cualquier momento, quienes son los suyos propios.

¹⁹ Engels, Federico, **El origen de la familia, la propiedad privada y el estado**, pág. 33

En esta familia es donde se origina el matrimonio por grupos, es por ello, que no puede saberse con exactitud quien es el padre del hijo que engendran, solamente se sabe quien es la madre, porque un grupo de mujeres eran esposas comunes de un grupo de hombres (excluyendo por completo a los hermanos de ésta) también comunes y así a los hombres ya no se les llamaba hermanos, sino que **Punalúa**, que quiere decir, para este tipo de familia, compañero, consocio. De igual manera se llamaban las mujeres comunes **Punalúas**. Es de hacer notar que los grupos de mujeres y hombres que se unían, eran por parte de las mujeres hermanas entre ellas y por parte de los hombres hermanos entre ellos solamente que pertenecían a diferentes grupos. “Este es el tipo clásico de una formación de familia que tiene una serie de variaciones y cuyo rasgo característico esencial era comunidad recíproca de hombres y mujeres en el seno de un círculo de familia; pero del cual, se excluían al principio los hermanos carnales y más tarde, también los hermanos de los hombres”²⁰.

- **Familia sindiásmica**

Prohíbe aquí la relación sexual entre parientes consanguíneos. En esta etapa de la organización familiar, un hombre vive con una mujer; pero para el hombre no está prohibida la práctica de la poligamia, por el contrario la infidelidad de la mujer es castigada cruelmente. Con el establecimiento del matrimonio sindiásmico, se escasean las mujeres para los hombres, por lo que para conseguirlas, tienen que raptarlas o comprarlas, mientras que en las formas de familia anteriores, no encontraban ningún problema puesto que, llegaban a tener más de las que muchas veces deseaban. El matrimonio es disoluble por voluntad de las partes y cuando una de las dos no estaba de acuerdo, entonces intervenían los parientes de cada uno de los convivientes para resolver el problema. Hay predominio de la mujer en la casa y los hombres se concretaban a aportar víveres,

²⁰ Engels, Federico, **Ob. Cit**; pág. 35.

provisiones y enseres para los hijos y esposas, pero el mando de la mujer era tan poderoso, que podía retirar en cualquier momento al hombre cuando no cumplía con esas obligaciones²¹.

Las tres primeras formas de familia (la consanguínea, la punalúa y la sindiásmica) con sus correspondientes diferencias fueron formas matrimoniales por grupos, por lo tanto, en ellas no podía saberse con certeza quien era el padre del hijo concebido, pero si quien era la madre; y en todas partes donde existió el matrimonio por grupos la descendencia sólo pudo establecerse por la línea femenina²².

A toda esta situación histórica, junto a otros elementos de carácter económico y social, en que predominaban las mujeres se le da el nombre de “matriarcado”, que significa el predominio femenino o el poder de las madres. Este aspecto precisa de un órgano natural, la mujer, que se rige con arreglo al “derecho materno”²³.

La descendencia solo se contaba por línea femenina y según la primitiva ley de herencia imperante en las gens, los miembros de ésta heredaban al pariente fallecido²⁴. O sea que las hijas eran las que se consideraban como miembros de la gens y en consecuencia las herederas de los bienes de su madre; los hijos varones por no considerarse miembros de la gens quedaban desheredados.

Pero a través del continuo desarrollo de las fuerzas productivas, de las producciones del ganado, la elaboración de los metales, el arte del tejido y la agricultura, lentamente el poder económico fue pasado al lado del padre; esto sumado a que la familia sindiásmica puso a la par la verdadera madre al verdadero

²¹ **Ibídem.**

²² Engels federico, **Ob. Cit;** pág. 43

²³ **Ibídem.**

²⁴ **Ibídem.**

padre, produjo el varón la necesidad de utilizar estas ventajas para modificar el orden de heredar en provecho de sus hijos, bastó con que decidieran que en lo sucesivo sus hijos (varones) debían quedar en la gens y las hijas quedarían en la gens de su madre desheredadas. Con la llegada de esta situación la mujer quedó delegada a los cuidados del hogar y de los hijos, degradada a un simple instrumento de reproducción.

Fue de esta manera como se llega a la familia monogámica; aunque se debe aclarar que en el término general, la genogamia o exclusividad del conyugue solo se aplica a la mujer y no así al varón, quien sí poseía una posición económica solvente podía tener otras mujeres.

- **Familia Monogámica**

Manifiesta Engels, la familia monogámica “Nace de la familia sindiásmica. Se funda en el poder del hombre con el fin formal de procrear de una paternidad cierta; y esta paternidad se exige, porque esos hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar un día en posesión de los bienes de la fortuna paterna”²⁵. Aquí la disolución del matrimonio ya no es por voluntad de ambas partes, solamente el hombre puede romper esa relación. Además éste goza del derecho de infidelidad conyugal por las mismas costumbres, la mujer que quiere tener relaciones sexuales como en las formas anteriores de familia, es severamente castigada.

Esta forma de familia en la antigüedad llegó al máximo desarrollo en los pueblos civilizados; pero no fue un producto del amor sexual propio, sino una pura conveniencia, puesto que eran los padres los que escogían convenientemente a los esposos o esposas de los hijos.

²⁵ Engels, Federico, **Ob. Cit**; pág. 68

Se concluye de este aspecto en que la familia es parte esencial para el perfeccionamiento del hombre. Aunque la palabra familia tiene diferentes acepciones. En primer lugar o sentido enraizado en la interpretación histórica del vocablo, la familia hace relación a un conjunto más o menos amplio de personas ligadas por una relación de sangre y comunidad.

Por consiguiente se define a la familia como aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimidad por el amor y el respeto, se da satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.

Sebastián Soler define a la familia como “creación social permanente, subordinada a un fin duradero históricamente adaptable y en que los individuos jerárquicamente organizados cumplen funciones preestablecidas”²⁶.

La familia conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como punto localizado de sus actividades y su vida. Para el autor Puig Peña “la familia es aquella institución que acentuada sobre el matrimonio enlaza, en una unidad total a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana, en todas sus esferas de la vida”²⁷.

Para el autor Rogina Villegas “La familia monogámica en sentido estricto comprende una realidad sólo a los padres e hijos entre tanto estos no se casen y constituyen una nueva familia”²⁸.

²⁶ Soler Sebastián, **Teoría de la institución en fe en el derecho**, pág. 195

²⁷ Puig Peña Federico, **Compendio de derecho civil español**, pág. 15.

²⁸ Rogina Villegas, **Compendio de derecho civil**, pág. 58.

Se concluye este aspecto histórico diciendo que la paternidad y la filiación se van a desprender de lo que es la familia, como un conjunto de personas ligadas por aspectos de consanguinidad y que en algunos casos se basa en la concepción del matrimonio como una institución y que en otros casos, en un porcentaje muy elevado, se basa en la convivencia maridable y voluntaria y que muy pocas veces es declarada legalmente, por lo cual no se desarrolla plenamente una relación paterno-filial.

Es ley natural, de máximo relieve, la procreación de la especie; preside toda la biología del mundo en espléndida maravilla y en indescifrable misterio. El hombre, como todos los seres de la creación, está sometidos a ella, recibiendo sus beneficios, extasiado la contempla y ve producirse en la vida sus efectos inmarcesibles²⁹.

Surge de la procreación un lazo natural, la generación, que traducido al plano jurídico da lugar a un instituto que delimita con particulares contornos a las relaciones entre procreantes y procreados.

La filiación, pues, es el nombre jurídico que recibe la relación natural por el hecho de que una persona es procreada por otra. Ahora bien al interpretarse en el campo del derecho, ese hecho natural de la generación viene a producir consecuencias de particular relieve, pues esa interpretación es una verdadera investidura que da origen a la creación de un estado, más o menos perfecto según los casos y circunstancias.

Se puede definir la filiación, relación o unión paterno-filial, como “aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación

²⁹ Paig Bratas José, **Fundamentos de derecho civil**, pág. 5.

natural de procreación que la liga a un tercero”³⁰. A la vista de esta definición se pueden deducir las consecuencias siguientes:

- **La filiación es propiamente un estado:** Es decir, una posición especial ante el orden legal integrada por un complejo de relaciones jurídicas entre procreantes y procreados, un entre cruce de derechos y obligaciones entre éstos y el resto del grupo familiar amplio y, sobre todo, una configuración especialísima del individuo, entre la sociedad y la ley.

Ese estado deviene perfecto y completo en la filiación legítima, pero que el derecho lo enfoca siempre a favor del matrimonio y sus consecuencias naturales y a él sobre y sobre él dirige y ordena toda la normatividad legal. Ese Estado es menos perfecto en la filiación natural, pues ya no se ocasiona el complemento de aquellas relaciones, o lo que es lo mismo, que el mundo jurídico circundante del hijo simplemente natural aparece más reducido que el del hijo legítimo, lo mismo en los derechos en vida que en la vocación sucesoria.

- **Este Estado supone siempre una investidura legal:** Como advierte el tratadista Cicú, en cuanto a hecho natural la filiación se da siempre en todas personas cuando se habla de filiación como consecuencia jurídica no valen nada más que aquellas que así han sido declaradas por el derecho. No hay pues “filiación” sin una declaración de la ley que así lo determine, declaración legal que se hace ingenere (que no puede ser engendrado), a virtud del juego de presupuestos, presunciones y declaraciones que en el derecho consigna, deduce o recoge.

³⁰ **Ibíd.**

- **Está fundamentalmente asentada en este estado, la relación natural de procreación:** En toda la inmensa mayoría de los supuestos, la investidura que produce ese estado, está asentada en la relación natural de generación. No hay, pues, filiación legal sin una situación de hecho de filiación pre-existente. No puede, en principio, una persona decir que otra es hija suya si no ha sido procreada por él, porque para decir que un hijo es “suyo” es indispensable que sea “suyo” en el sentido natural de la expresión; si es de otro, no puede concedérsele una filiación a que no tiene derecho. Solamente a través de la adopción podrá obtener una situación semejante: pero por sus líneas específicas y particulares que ya el mismo derecho se encarga de consignar.

El ordenamiento sustantivo civil, al respecto, no da una definición concreta de lo que es la filiación o relación paterno filial, lo cual, lejos de ser una omisión, ha sido positivo, pues las definiciones en el texto, compartiendo el criterio de ciertos autores, se considera que reducen el ámbito interpretativo de la figura, en este caso la filiación. Por ello se recurrirá a la doctrina, para plasmar algunas de las definiciones sobre esta institución. Así se tiene que para el autor Ripert-Planiol, la filiación es “relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra”³¹.

Para el autor Rafael Rojina Villegas; la filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grados.; es decir, entre personas que descienden unas de otras y de esta manera puede hablarse de filiación no solamente referida en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en línea descendente, para tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc.. Agrega que además de este

³¹ Citado por Diego Espía, Canovas, **Manual de derecho civil**, pág. 295.

sentido amplísimo, por filiación se entiende, en sentido estricto, la relación de derecho que existe entre progenitor y el hijo³².

Por lo tanto va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural un estado jurídico, es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación para mantener vínculos constantes entre el padre, la madre y el hijo.

A este respecto, el licenciado Alfonso Brañas, dice: “pueden precisarse dos conceptos de filiación: uno genérico, sin mayores derivaciones para el derecho, según el cual se toma en cuenta la relación de parentesco, cualquiera que este sea entre una o varias personas y un progenitor determinado; otro jurídico propiamente dicho, según el cual, la filiación debe entenderse en cuanto a la relación de parentesco entre progenitor e hijo”³³.

Guillermo Cabanellas, expresa “filiación, significa, por antonomasia, para el derecho civil, la procedencia de los hijos respecto a los padres; la descendencia de padres a hijos. También la calidad que el hijo tiene respecto a su nacimiento en relación con el estado civil de los progenitores”³⁴.

Para el autor Federico Puig Peña, la filiación es “aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con un tercero”³⁵.

³² Rojina Villegas, Rafael, **Compendio de derecho civil**, pág. 429.

³³ Brañas, Alfonso, **Manual de derecho civil**, pág. 229.

³⁴ Cabanellas, Guillermo, **Manual de derecho civil**, pág. 320

³⁵ Puig Peña, Federico, **Ob. Cit**; pág. 581.

El Artículo 199 del Código Civil se refiere a los elementos personales de la filiación, que son:

- El padre puesto que un hombre determinado ha sido el autor del embarazo de la madre y es natural que la paternidad supone que se conoce ya la filiación materna.
- La madre (maternidad).
- El hijo resultante de la relación entre padre y madre.

Doctrinariamente existen diversidad de opiniones sobre este tema, pero en el presente caso únicamente se hará referencia a la clasificación que incorpora el Código Civil, dada la naturaleza de este trabajo, siendo estos:

- filiación matrimonial;
- filiación extramatrimonial;
- filiación por adopción
- filiación cuasimatrimonial, resultante de la unión de hecho, las cuales son importantes por estar reguladas dentro de la legislación.

Esta filiación, se puede decir que es la que alcanza más profundamente los propósitos jurídicos de relación familiar convencional que la sociedad persigue.

La concepción durante el matrimonio y la paternidad ofrecen dificultad de probarse, porque en la concepción, durante el matrimonio, el plazo de gestión ni es igual en todos los casos ni puede fijarse con entera exactitud en cada una, por lo que no puede establecerse exactamente la fecha de la concepción por relación a la del parto. En cuanto a la paternidad, dice Diego Espín Canovas “ni siquiera con las

modernas investigaciones sobre grupos sanguíneos cabe establecer una prueba segura de la misma en todos los casos”³⁶.

La legislación acepta la tesis de la concepción dentro del matrimonio, pues en su Artículo 199 establece: “el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable”. Se presume concebido durante el matrimonio:

- 1o.) El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y,
- 2o.) El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

Para la fijación de los plazos que establece el Código Civil, el país ha aceptado, juntamente con otras legislaciones, la presunción de estos plazos para llegar a determinar si verdaderamente ostentan los hijos la calidad de legítimos, de modo que al contar los mismos desde la fecha en que se celebró el matrimonio (hijo nacido después de la 180 días) o su disolución (hijos nacido dentro de 300 días de éste), resultará el período legal de concepción dentro del cual habrá de ocurrir el nacimiento y llegar así a determinar la legitimidad del hijo.

La filiación extramatrimonial, se llama así, porque tanto la concepción, el nacimiento, la procreación y la educación no están asentadas sobre la base de un matrimonio, sino que fuera de él; a pesar de esto, los hijos procreados fuera de matrimonio gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio; sin embargo, para que vivan en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge.

³⁶ Espin Canovas; Diego, **Ob. Cit**; pág. 388.

Esta clase de filiación, cuando la misma no resulta del matrimonio de los padres ni de la unión de hecho registrada (filiación cuasi-matrimonial), se establece y se prueba, con relación a la madre, con el solo hecho del nacimiento, y respecto al padre, por el reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial que declare la paternidad.

Se considera de suma importancia y de vital necesidad tener presente que en forma general la filiación natural, la no natural y de los hijos reconocidos, en la legislación no están contempladas y que la filiación extra-matrimonial, en la doctrina da lugar a esta división:

Por su parte la filiación natural, se puede definir esta clase de filiación como la habida de padres que no estando casados pueden, sin embargo, contraer matrimonio al tiempo de la concepción de su hijo; es decir un hombre y una mujer que no tiene impedimento de ninguna índole para contraer matrimonio, o sea, que no están casados con terceras personas, ni unidos de hecho y no tienen parentesco entre sí.

De la filiación natural como filiación ilegítima que es, o bien llamada extramatrimonial en el Código Civil, se deduce que el hijo ha sido procreado fuera del matrimonio, ya que la filiación que se origina del matrimonio, tiene carácter de legítima; pero por otra parte, como dentro de la doctrina, la filiación ilegítima, tan solo es natural, la habida de padres que pueden haber estado casados al tiempo de la concepción, como apunta Espin Canovas, “resulta de un doble requisito, uno de carácter negativo (concepción fuera de matrimonio) y otro de carácter positivo (posibilidad de estar casados los padres al tiempo de la concepción)”³⁷.

La filiación no natural, tampoco está contemplado en la legislación, por lo que para el objeto del estudio, se tratará en forma breve sobre este aspecto.

³⁷ **Ibídem.**

Según lo estipula el autor Diego Espín Canovas: “En primer lugar esta clase de filiación al igual que la filiación natural, es legítima porque su base no se encuentra asentada dentro del matrimonio”³⁸

En cuanto a la filiación natural y la no natural se puede señalar una gran diferencia, por ejemplo; la filiación natural es de padres no casados que pueden sin embargo haberse casado, al tiempo de la concepción o de otra forma que no tiene ningún impedimento de ninguna naturaleza para hacerlo, en cambio en la filiación no natural los padres no estaban casados, ni pueden hacerlo por la existencia de algún impedimento, ya sea por estar unidos con terceras personas, o por tener algún parentesco consanguíneo entre sí. Esta diferencia es de suma importancia porque la doctrina manifiesta que los derechos de los hijos naturales y no naturales son completamente distintos, e indica que solamente la filiación natural puede ser objeto de legitimación.

El reconocimiento es el principal medio para determinar la filiación no matrimonial. Según Garrido De Palma es “un medio legal de determinación de la filiación, en base a la manifestación del hecho de la paternidad o maternidad biológica realizada por el progenitor, con el efecto del establecimiento del estado civil correspondiente, cumplidos los requisitos que la ley exige en cada caso”³⁹.

Entonces se origina la filiación por el reconocimiento, siendo este un vínculo fisiológico o natural que la procreación establece entre el padre y el hijo, habiendo relaciones fuera del matrimonio.

La declaración judicial de filiación, este tipo de declaración se llama reconocimiento forzoso y éste es una forma de reconocimiento que dentro de la filiación ilegítima, se encuentra en sentido contrario a la forma de reconocimiento

³⁸ Espín Canovas, Diego, **Ob. Cit**; pág. 365.

³⁹ Puig Peña, Federico, **Fundamentos de derecho civil**, pág. 199.

voluntario, que enumera la legislación, específicamente en el Artículo 220 del Código Civil, cuando indica que el hijo que no fuere reconocido voluntariamente, tiene derecho a pedir judicialmente se declare su filiación y este derecho nunca prescribe respecto de él. Como bien lo determina Alfonso Brañas “no se trata en realidad, de un reconocimiento forzoso judicial, se trata de una declaración judicial de filiación”⁴⁰.

En realidad la ley sustantiva civil, en el afán de protección y estabilidad de la familia y procuración de mantenimiento del grupo familiar provee de ciertos derechos a los hijos concediéndoles la facultad de solicitar a los tribunales una declaración sobre la paternidad, lo que podrá obtener si presenta y demuestra los requisitos establecidos por la ley.

Para el efecto, se establece en el Artículo 220 del Código Civil, que los herederos del hijo podrán proseguir la acción que éste dejare iniciada al tiempo de su fallecimiento o intentarla si el hijo falleciere durante la menor edad, o si hubiere adolecido de incapacidad y muriere en ese estado. Ahora bien, la paternidad puede ser judicialmente declarada:

- 1o. Cuando existen cartas, escritos o documentos en que se reconozca;
- 2o. Cuando el pretensor se halle en posesión notoria de estado de hijo del presunto padre, es decir, que el presunto padre haya proveído a su subsistencia y educación, que el hijo haya usado, constantemente y en forma publica el apellido del padre que el hijo haya sido presentado como tal en las relaciones sociales de la familia, lo que quiere decir que únicamente su calidad de hijo sea declarada y registrado en el registro civil correspondiente;

⁴⁰ Brañas, Alfonso, **Ob. Cit**; pág. 558.

- 3o. En los casos de violación, estupro o raptó, cuando la época de la concepción coincida con la del delito; y,
- 4o. Cuando el presunto padre haya vivido maridablemente con la madre durante la época de la concepción. Establece la legislación que la acción de filiación solo podrá entablarse en vida del padre o de la madre contra quien se dirija, salvo en los casos siguientes:
 - 1o. cuando el hijo sea póstumo;
 - 2o. cuando la persona contra quien se dirija la acción hubiera fallecido durante la menor edad del hijo y en los casos en que pueda ser declarada judicialmente.

La legitimación es la figura jurídica, por cuyo medio, un hijo no de matrimonio, adquiere la calidad de hijo de matrimonio, en virtud de posterior unión conyugal de los padres, tipificándose, entonces, la denominada legitimación por su consiguiente matrimonio. El objeto de la legitimación es que el hijo adquiere todos los derechos de los hijos nacidos, o en su caso, concebidos durante el matrimonio.

No obstante la legitimación, por el consiguiente matrimonio, viene a constituir la figura principal. El objeto de la legitimación consiste en que el hijo nacido fuera de matrimonio adquiere todos los derechos de los hijos nacidos en el matrimonio, pero en la ley sustantiva civil, ha dejado de tener efecto principal esta figura, al considerarse en el Artículo 209, que los hijos procreados dentro del matrimonio gozan de iguales derechos que los hijos procreados dentro de matrimonio.

La filiación adoptiva, la legislación la define como el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante tomó como hijo a un menor que es hijo de

otra persona. Analizando esta clase de filiación se da cuenta de dos elementos personales importantes:

- Adoptante: quien toma al menor como hijo propio; y,
- Adoptado: quien toma como padre a una persona que no lo es.

La adopción dentro de la legislación es el parentesco civil que se forma aparte del consanguíneo y el de afinidad, y nace precisamente de la adopción.

Para algunos autores como Planiol, la adopción es “un acto solemne, sometido a la aprobación de la justicia que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima”⁴¹. Se trata pues de proteger el grupo familiar para que éste no desaparezca y su fundamento se encuentra según la doctrina en la convivencia y fidelidad de los cónyuges. Algunos efectos que la legislación contempla para esta clase de filiación son los siguientes:

- El parentesco, los derechos y obligaciones que emanan de esta clase de filiación solo existen entre el adoptante y el adoptado, es decir que no se extiende a los parientes, aún consanguíneos del uno ni del otro.
- El adoptante adquiere y tiene sobre el hijo adoptivo los derechos y obligaciones que tendrían los padres naturales del adoptado.
- También el adoptado tiene sobre el padre adoptivo los derechos y obligaciones que tendrían los hijos naturales respecto de sus progenitores y que se adquieren mediante la adopción.

Conforme las disposiciones del Código Civil, puede afirmarse que reconoce las clases de filiación siguientes:

⁴¹ Planiol, M., **Tratado elemental de derecho civil**, pág. 220.

1. Filiación Matrimonial, o sea, la del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable, que lo recoge el Artículo 199 del Código Civil.
2. La filiación cuasi-matrimonial, la del hijo nacido dentro de la unión de hecho debidamente declarada y registrada, Artículo 182 Código Civil.
3. La filiación extramatrimonial, la del hijo procreado fuera del matrimonio o unión de hecho no declarada ni registrada, Artículo 209 Código Civil.
4. La filiación adoptiva, la del menor que es tomado como hijo por la persona que lo adopte, Artículo 288 Código Civil.

En cuanto a los términos de paternidad y filiación es necesario considerar que algunos autores manifiestan que son términos distintos y otros que son términos correlativos o complementarios, pero en realidad el padre supone al hijo, ya que no puede existir un hijo sin padre, en un punto de relación paterno-filial, están los padres y por ello se llama paternidad, y en otra están los hijos y por ello se les llama filiación, ambos términos son correlativos y tienen ante el marco legal una participación absoluta en sus consecuencias jurídicas.

Existe una gran cantidad de derechos y obligaciones entre padres e hijos con motivo de la filiación, regulados por el Código Civil y respaldados fundamentalmente por la Constitución Política de la República, analizando cada uno en forma breve, tomando en cuenta sus efectos jurídicos que nacen de la filiación y que son precisamente los que le dan valor y trascendencia al problema de esta institución legal.

La regulación que establece el Código Civil en relación a los derechos de los hijos, nacidos de la filiación se establecen así:

1. El Artículo 4 es uno de los primeros que hace alusión a un derecho del hijo, cuando estipula que “ La persona individual se identifica con el nombre conque se inscriba su nacimiento en el Registro Civil, el que se compone del nombre propio y del apellido de sus padres casados, o el de sus padres no casados que lo hubieren reconocido”. Entonces la individualización de una persona, su particularidad más evidente, fuera de sus rasgos físicos, es el nombre, siendo este un signo importante que demuestra la filiación principalmente cuando se trata de un hijo extramatrimonial. Claramente se establece al tenor del Artículo citado un derecho exclusivo del hijo, sea este de matrimonio o reconocido legalmente, el uso del apellido del padre o el de la madre, en su caso.
2. En cuanto al derecho de gozar de la herencia del padre ausente o que se presume muerto, surte efecto directamente cuando existe la relación Paterno-Filial que une a un padre e hijos, sean éstos de matrimonio, reconocidos voluntariamente o como producto de una declaración judicial de paternidad, derecho adquirido por el hijo al tenor de lo que estipula el Artículo 66 del Código Civil “La herencia corresponde a los que resulten herederos del ausente en la fecha señalada como día de la muerte presunta”. Concluyendo entonces en cuanto a lo regulado en el Artículo citado únicamente tendrá su efecto directo en la filiación.
3. El derecho al cuidado y sustento que los hijos adquieren, sean o no de matrimonio, asimismo a que les brinden educación y disciplina con medios prudentes, este derecho se deduce de lo estipulado en el Artículo 253 del Código Civil.
4. Derecho a percibir alimentos, el Artículo 278 del Código Civil, da una definición legal del concepto alimentos, el que comprende todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentista cuando este sea menor de edad.

5. El Código Civil en los Artículos 929 y 1078 regula los derechos para los descendientes en lo que respecta a la Sucesión Hereditaria, estos derechos que desde luego nacen en relación a la filiación, dando prioridad y exclusividad a los hijos que adquieran los bienes y derechos del padre fallecido.

Los derechos de los hijos respecto a los padres, conforme la Constitución Política de la república de Guatemala, son:

- Derecho a exigir el reconocimiento por sus progenitores.
- Derecho a exigir que se les proporcione alimentos y de recibirlos.
- Derecho a exigir protección y cuidado.
- derecho a exigir educación e instrucción, tanto corporal como espiritual.
- Derecho a exigir que los representen de acuerdo a la ley durante su minoría de edad.

Mientras que las obligaciones de los hijos respecto a los padres, según el Código Civil, primeramente se enfatiza en lo que al respecto dice el Artículo 209 del Código Civil, cuando establece una igualdad entre los hijos procreados fuera del matrimonio con los hijos procreados de matrimonio, claro está con alguna restricción que podría tener un hijo nacido fuera del matrimonio como es, no vivir junto a su padre o madre, si estos están casados, deduciéndose entonces que ellos tienen las mismas obligaciones ante sus progenitores.

1. Obligatoriedad de vivir con sus padres casados o unidos durante su minoría de edad y no pueden sin el permiso de ellos dejar la casa paterna o materna o aquella con que los padres los han puesto a excepción de lo establecido en el Artículo 261 del Código Civil, referido a la madre soltera.

2. Obligación de los hijos que contempla el Código Civil en el Artículo 259, consistente en que los hijos mayores de catorce años tienen capacidad para contratar trabajo y percibir la retribución convenida, con la que ayudarán a sus padres para su propio sostenimiento.
3. Dentro del deber u obligación de asistencia está también la obligación de los hijos de cuidar a sus padres en su ancianidad, en un estado de demencia o enfermedad y proveer a sus necesidades en todas las circunstancias de la vida en que sea indispensable su auxilio.
4. Que los hijos, aun cuando sean mayores de edad y cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y estos están obligados a prestarles asistencia en todas las circunstancias de la vida (Artículo 263 del Código Civil).

En cuanto a la obligación de asistencia que tienen los hijos, ésta comprende en primer término, el deber de alimentos, la ley civil en su Artículo 283 establece que están obligados recíprocamente a darse alimentos, los cónyuges, los ascendientes, descendientes y hermanos, esta obligación no se extingue con la mayoría de edad.

Por su parte los derechos de los padres respecto a los hijos, según la Constitución Política de la República de Guatemala, son:

- El derecho de protección a la familia y por ende a los hijos.
- El derecho de dirigir la educación e instrucción de los hijos, sea cívica, moral y religiosa.
- El derecho de representarlos legalmente en los actos de la vida civil de sus hijos cuando estos sean menores de edad.
- El derecho de decidir libremente toda la actividad de sus hijos, cuando sean menores de edad, apegados a la ley.

- Derecho de corregir a sus hijos, para lograr el desarrollo completo de los mismos, teniendo la facultad de castigarlos moderadamente en base a la autoridad paterna que poseen.
- El derecho a recibir alimentos de sus hijos cuando fuere el caso.

Las obligaciones de los padres respecto a los hijos, según el Código Civil, son:

- Es obligación de los padres cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, según las leyes penales serán responsables por el incumplimiento de estas obligaciones.
- Es obligación de administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo, por supuesto, a su edad y condición.
- La obligación del cuidado y protección física y moral de los hijos, en la vigilancia de sus actos para evitar resultados dañosos.
- Cuando se ejerza conjuntamente por el padre y la madre la patria potestad, corresponderá la representación del menor al padre.
- Los padres están obligados a no enajenar ni gravar los bienes de los hijos ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de su ordinaria administración, sino por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad, evitando con ello que se disminuyan o deprecien los bienes de estos.
- Es obligación de los padres entregar a los hijos, cuando estos lleguen a la mayoría de edad, los bienes que les pertenezcan y rendir cuentas de su administración.
- Los padres están obligados a presentar garantía de la conservación y administración de los bienes de los hijos si estos pasaren a ulteriores nupcias o cuando estén declarados en quiebra.

- Que, los padres están obligados a proporcionarles alimentos, comprendiendo todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción de los hijos cuando sean menores de edad. Siendo esta una obligación además de legal, es natural imponiéndose a los padres y de su cumplimiento deviene la conservación de la vida y el desenvolvimiento dentro de la sociedad.

CAPÍTULO II

2. La donación en general

2.1. Definición

“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”⁴².

“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”⁴³.

“La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta”⁴⁴.

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

2.2. Análisis doctrinario

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

⁴² Cabanellas, Guillermo, **Ob. Cit.**, pág. 789.

⁴³ **Ibid.**

⁴⁴ Puig Peña, Federico, **Ob. Cit.**, pág. 14.

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, entendiéndose 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”⁴⁵.

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

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

⁴⁵ Fundación Tomás Moro, **Ob.Cit.**, pág. 359.

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 “dout des”, aminorar el patrimonio sin nada a cambio puede infundir sospecha de móviles ilícitos, a veces en contra del interés público piénsese en las limitaciones que la ley impone a las asociaciones en cuanto a la capacidad para recibir donaciones si no son de “utilidad pública” o el criterio jurisprudencial ante el principio “nemo auditur propiam turpitude 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 irrevocable⁴⁶. 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 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.

⁴⁶ Puig Peña, **Ob. Cit.**; pág. 15.

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

2.3. Naturaleza jurídica

Ha sido muy discutida en la doctrina y ha originado actitudes contrapuestas en los legisladores. Para unos constituye un contrato, y por este criterio se inclinan casi todos los textos legales; para otros se trata de un acto jurídico, sin bilateralidad consensual; y no falta quienes la consideren tan sólo como un modo de adquirir.

“Debido singularmente a los grandes aportes de la doctrina romancista, ha sido muy controvertida la naturaleza jurídica de la donación. Hasta que los formidables juristas germanos Savigni y Puchta formularon su famosa teoría integral, dominó en las escuelas una tradición procedente del propio derecho romano, que consideraba a la donación como uno de los modos de adquirir la propiedad. Este criterio, que perfiló Justiniano en sus Instituciones, no tuvo, sin embargo, aun en la misma Roma, el pleno asentimiento de los jurisconsultos, y posteriormente se hizo observar que, aparte de que la donación no siempre transmite la propiedad, pues caben perfectamente las donaciones obligacionales y las liberatorias, no se puede decir, en 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”⁴⁷.

⁴⁷ Puig Peña, **Ob. Cit.**; pág. 18.

CAPÍTULO III

3. La donación en la ley civil guatemalteca

3.1. Concepto

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

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

3.2. Análisis jurídico

El donatario puede aceptar en el momento de la donación o en acto separado. Si aceptare con posterioridad, para 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, quedan éstas 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, estipula que “El donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción correspondería al donante. Este, en cambio, no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa o remuneratoria, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen”.

El donatario sustituye 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; pero, cuando se trate de donaciones condicionales y onerosas, deberá preceder autorización judicial, como en el caso de utilidad y necesidad.

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

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

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

La revocación de la donación perjudica a tercero desde que se presentare al Registro la escritura si se tratare de bienes 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 en se notifique la revocación, rescisión o reducción.

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

3.3. Clases de donación

La donación entre vivos también puede ser remuneratoria y onerosa, pero 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”⁴⁸.

“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”⁴⁹.

“Donación onerosa es la que impone al donatario alguna carga, gravamen o prestación inferior al valor o utilidad que lo donado obtiene; porque, en otro supuesto, de corresponderse lo recibido con lo dado, se estaría ante algún contrato de los conmutativos o frente sus innominado de **dout des** o **do ut facias** (doy para que des o doy para que hagas)”⁵⁰.

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

⁴⁸ Cabanellas, **Ob. Cit.**; pág. 794.

⁴⁹ **Ibid.**

⁵⁰ **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.

3.4. Fines

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

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

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

CAPÍTULO IV

4. Donación y trasplante de órganos y tejidos humanos

4.1. Aspecto general

“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 trasplante de córnea o retina. Esta cirugía reemplaza la retina o córnea dañada con una sana. El trasplante 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”⁵¹.

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 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 de los servicios fúnebres serán responsabilidad de la familia. La mayoría de las religiones

⁵¹ Palladito, Karen, **Donación de órganos**, pág. 85.

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 grandes 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 trasplante 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”⁵².

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 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

⁵² http://www.marlow.org/NMDP/transplant_centers.html

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.

4.2. 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 órganos, de los cuales el 47 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”⁵³.

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 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 más que 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

⁵³ <http://www.cancer.gov/clinicaltrials>

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 transplantados 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.

4.3. Los trasplantes

4.3.1. 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 Commission (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.

4.3.2. Análisis doctrinario

El fundamento lógico para el trasplante de células troncales se basa en el hecho que todas las células sanguíneas (por ej., los glóbulos rojos, los 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 (por sus siglas en inglés). 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”⁵⁴.

Fueron necesarios grandes adelantos en la técnica del trasplante de células 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

⁵⁴ www.bairestrasplante.com.ar

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 existe 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 aplástica, 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 aplástica de Fanconi.

“Si es grave, y se encuentra un donante compatible, la anemia aplástica 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 auto inmunitaria), 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”⁵⁵.

4.3.3. 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 transplante, 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.

⁵⁵ difusion@bairestrasplante.com.ar

CAPÍTULO V

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

5.1. Análisis jurídico

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

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

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

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

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

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

En la actualidad el gremio médico que se encuentra trabajando en trasplantes de córneas y riñones está amparado legalmente en los Acuerdos Gubernativos números 740-86, 741-86 y en el Decreto Número 52-72 del Congreso de la República de Guatemala, que regulan el banco de ojos, pero atendiendo a los avances que se han hecho en materia de trasplantes en la última década, es necesario que en cualquier modificación que se intente hacer a los acuerdos existentes es ideal que se incorporen las modificaciones 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 uno de la citada ley, estipula que “Corresponde al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social la aplicación de la presente ley y su reglamento,

así como la programación, coordinación, supervisión y evaluación de las actividades reguladas en la misma.

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

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

Se entiende por 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 trasplante será siempre gratuita. Las personas privadas de su libertad podrán otorgar su consentimiento para utilización de sus órganos y tejidos con fines terapéuticos, solamente cuando el receptor sea cónyuge, concubinario, concubina, hijos o 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 sancionados 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 autopsia, siempre y cuando se considere que no afectarán sus estudios y conclusiones.

Para el trasplante 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 trasplante.

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 correspondiente, extendiendo el certificado de acreditación respectivo.

Podrán establecerse bancos de órganos y tejidos de:

- Córneas y esclerótica;
- Corazón;
- Hígado;
- Hipófisis;
- Huesos y cartílagos;
- Médula ósea;
- Páncreas;
- Paratiroides;
- Pulmón;
- Piel y faneras;
- Riñones;
- Tímpanos;

- Vasos sanguíneos y,
- Los demás que autorice el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social

El Ministerio de Salud establecerá el Registro Nacional de 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 72 horas siguientes al diagnóstico de muerte cerebral serán considerados dentro del grupo de personas desconocidas.

Utilización de cadáveres. Para la utilización de un cadáver para fines de 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 estipulan los Artículos 26 y 27 del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República.

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

Podrán utilizarse para fines científicos y docentes, los cadáveres de las personas cuyos parientes autoricen por escrito y también de quienes fallezcan en establecimientos asistenciales del Estado o del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, o aquellos que no fuesen reclamados por sus deudos y de quienes en las mismas condiciones se encuentren en el Departamento de Medicina Forense del Organismo Judicial, siempre que se cumplan los requisitos y disposiciones sanitarias y se 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, substancias, 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 VI

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

6.1. Autorización de los padres o tutores.

Los padres o tutores de los menores son los señalados por la ley para el cuidado y manutención de los 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 (y el padre por regla general) los que regían las vidas de sus hijos.

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

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

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

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 puede recuperar la vista con un trasplante, porque el Artículo 8 del Decreto 91-96 del Congreso de la República, no permite que los padres o tutores donen los órganos o tejidos del niño cuando fallecen y le da oportunidad solamente a los mayores de diez y ocho 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 ha fallecido, esto provoca que muchos niños que necesitan un órgano o tejido, puedan sobrevivir o llevar una vida normal.

6.2. Donación de órganos y tejidos del menor fallecido

Cada año centenas de personas nacen ciegas o llegan a estar ciegas por daño a la vista. La vista se puede restaurar con un transplante de córnea o retina. Esta cirugía reemplaza el tejido dañado por una sana. El transplante de la tejidos de la vista es una operación común, hecha en recién nacidos, o adultos. El año

pasado, en Estados Unidos (2005), 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, las células que ayudan al organismo a combatir infecciones. Frente a la ausencia de linfocitos normales y de una función inmunitaria normal, estos niños pueden experimentar infecciones repetidas y con frecuencia, infecciones que ponen en peligro sus vidas. Los linfocitos (descendientes de las células troncales) pueden reponerse mediante un trasplante de células troncales. El trasplante se facilita por la deficiencia del receptor en células inmunitarias. Esto hace que sea poco probable que el receptor rechace las células troncales del donante. Por lo tanto, este tipo de trasplante no requiere un tratamiento previo intensivo (acondicionamiento) del receptor con radiación o quimioterapia para deprimir el sistema inmunitario.

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

Después de la vida, se consideran a personas de entre 2 meses a 90 años de edad, claro que la donación va a depender de la valorización de los médicos si existen tejidos u órganos sanos. En el caso de los menores de edad podrán donar tejidos músculo-esquelético y córnea, en tanto sea autorizado por los padres del menor”⁵⁶.

⁵⁶ difusion@bairestrasplante.com.ar (México, 31 de marzo 2004).

“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”⁵⁷.

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 negarnos a donar nuestros órganos a nuestra muerte o a la muerte de algún familiar, sin pensar que un ser querido nuestro o nosotros podríamos estar en la misma situación de ese enfermo, en un futuro.

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

Por tal motivo se hace necesario reformar la ley de donación de órganos y tejidos humanos, afín de darle la facultad a los padres o tutores de los menores de edad para que puedan donar los órganos del niño para dar vida a otros niños

⁵⁷ (<http://www.msc.es/profesional/trasplantes/informacion/>) (México, 2 de abril 2001).

guatemaltecos que se están muriendo a falta de un órgano, y otros que se encuentran postrados en sillas de ruedas por falta de un tejido humano. Si el menor ha muerto sería moralmente aceptable que los órganos del fallecido sean donados por sus padres o tutores en bien de la niñez enferma.

6.3. La donación conforme el Artículo 8 del Decreto Número 91-96 del Congreso de la República de Guatemala

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

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

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

La donación de órganos y tejidos de menores fallecidos se haría en un acto de caridad hacia menores enfermos, pues es claro que un menor fallecido no necesita de los mismos, sin embargo los puede necesitar otro menor para evitar que muera y que pueda llevar una vida normal. Si en otras legislaciones autorizan

a los tutores y padres de menores muertos a donar sus órganos y tejidos, es necesario que Guatemala haga acopio de las ventajas que representan.

CONCLUSIONES

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

RECOMENDACIONES

1. La Universidad de San Carlos de Guatemala, por tener iniciativa de ley, debe presentar un proyecto de reforma al Artículo 8 de la Ley para la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, facultando a los padres o tutores del menor para donar sus órganos cuando éstos hayan fallecido.
2. El Estado está obligado a velar por darle ventajas a los menores de edad, reformando las leyes que les perjudiquen.
3. Que en el proyecto de reforma en el artículo citado los 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.
4. El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social debe crear el banco de órganos y tejidos humanos de menores de edad, para tener un control de donadores y niños necesitados; y así evitar la muerte o la invalidez de éstos.

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.

