

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL



**LAS FACULTADES DISCRECIONALES
DEL JUEZ O JUEZA EN MATERIA DE
DERECHO DE FAMILIA**

LICENCIADA

JENNIE AIMEE MOLINA MORÁN

GUATEMALA, MAYO DE 2017

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

**LAS FACULTADES DISCRECIONALES DEL JUEZ O JUEZA EN MATERIA DE
DERECHO DE FAMILIA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

JENNIE AIMEE MOLINA MORÁN

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

MAESTRA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

(Magíster Scientiae)

Guatemala, mayo de 2017



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

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: MSc. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. Hugo Roberto Jauregui
VOCAL: MSc. Erwin Iván Romero Morales

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. Jorge Roberto Taracena Samayoa
VOCAL: Dr. José Wilfredo Umaña Calderón
SECRETARIA: MSc. Dinora Recinos Cueto

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 11 de abril de 2016

Doctor Luis Ernesto Cáceres
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria zona 12.

Distinguido Señor Director:

En cumplimiento de la providencia de fecha 4 de junio de 2012, en la cual consta mi nombramiento como tutora de tesis de la estudiante JENNIE AIMEE MOLINA MORÁN, proferido por la dirección a su digno cargo, me hice cargo de la tutoría, orientación y seguimiento de la tesis de Maestría de la estudiante antes mencionada denominada: "LAS FACULTADES DISCRECIONALES DEL JUEZ O JUEZA EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA".

El referido trabajo fue ampliamente discutido con la postulante, **MOLINA MORÁN** convenimos en que era necesario implementar algunas reorientaciones de forma y de fondo, a su propuesta inicial, las cuales fueron satisfechas completamente.

El contenido científico y técnico del trabajo reúne los requisitos necesarios, los métodos y técnicas de investigación utilizadas fueron las adecuadas a la naturaleza de la misma. Fue consultada la bibliografía pertinente al tema y en mi opinión adecuada, en cantidad y calidad; y las conclusiones congruentes con el desarrollo del trabajo de investigación.

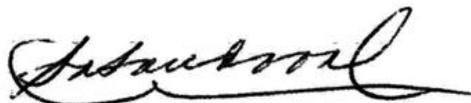
El planteamiento que la estudiante **MOLINA MORÁN** efectúa en relación con las facultades discrecionales del juez o jueza en materia de familia enriquece la temática por el enfoque y planteamiento que la ponente presenta en este trabajo de investigación en el cual expone alcances y límites, aspectos filosóficos, teóricos y prácticos y efectúa una vinculación con la realidad mediante el análisis relacionado con experiencias en la práctica judicial debidamente documentadas, tomando en consideración que la discrecionalidad constituye una herramienta básica e imprescindible en la función jurisdiccional en esta materia y de la cual existe en algunos casos desconocimiento y mal uso en otros, lo cual puede traducirse en perjuicio de los derechos de niñas y niños en un tema tan sensible como el Derecho de Familia.



La tesis cumple con los requisitos reglamentarios de la Escuela de Estudios de Postgrado y en esa virtud me permito **OPINAR FAVORABLEMENTE** a fin que se practique el examen privado correspondiente.

Sin otro particular aprovecho la oportunidad para patentizarle mis muestras de consideración y respeto.

Atentamente,



Dra. María Elisa Sandoval Argueta
Tutora de Tesis.

Licda. María Elisa Sandoval de Aqueche
ABOGADO Y NOTARIO

Dra. . María Elisa Sandoval Argueta
Abogada y Notaria. Coleg.2632.
Teléfonos: 6637-5184/5699-2844

Guatemala, 27 de febrero 2017

Mtro. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor director:

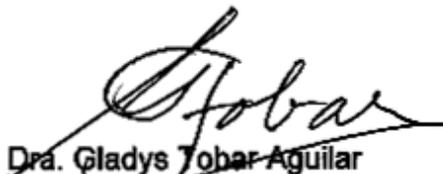
Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

**LAS FACULTADES DISCRECIONALES DEL JUEZ O JUEZA
EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA**

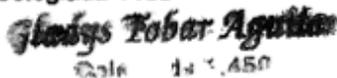
Esta tesis fue presentada por la Licda. Jennie Aimée Molina Morán de la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450



Gladys Tobar Aguilar
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, veintiuno de marzo del dos mil diecisiete.-----

En vista de que la Licda. Jennie Aimee Molina Morán aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil**, lo cual consta en el acta número 20-2016 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LAS FACULTADES DISCRECIONALES DEL JUEZ O JUEZA EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Ovidio David Parra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO





DEDICATORIA

Dedico esta tesis:

A Dios:

Porque siempre está a mi lado, protegiéndome bajo sus alas poderosas e inspirándome.

A mis padres:

José Ramón Molina Barrientos y María del Carmen Morán Nuila, por darme la herencia más importante: su ejemplo de integridad, de valores y principios. Sea para ellos este triunfo.

A mi hija:

Diana Sofía Salazar Molina con todo mi amor, para quien espero que la perseverancia en alcanzar una meta profesional, sea un ejemplo a seguir en su ya brillante desempeño académico.

A mi esposo:

Wellington Francisco Salazar Villaseñor, con amor y gratitud por su apoyo y comprensión en la realización de esta tesis.

A mi familia en general, con mucho amor.

A la licenciada Ana María Vargas Dubón:

Ex magistrada de la Corte Suprema de Justicia y la primera mujer jueza de Guatemala, que abrió la brecha para las que hoy en día impartimos justicia, como un homenaje póstumo.

Al Organismo Judicial:

A través del cual tengo el honor de servir a mi país en un ramo tan humano como el Derecho de Familia, con gratitud por los conocimientos adquiridos en el desempeño de la judicatura, y por las satisfacciones más grandes de mi vida profesional.

A la Universidad de San Carlos de Guatemala:

Mi Alma Máter, con profundo orgullo.



ÍNDICE

PÁGINA

INTRODUCCIÓN

i

CAPÍTULO I

Aspectos generales

1.1.	La creación de los tribunales de familia en Guatemala	1
1.2.	La creación de la Ley de Tribunales de Familia en Guatemala	4
1.3.	Ubicación del Derecho de Familia dentro de la sistemática jurídica	6
1.3.1.	Como rama del Derecho Público	9
1.3.2.	Como rama del Derecho Privado	10
1.3.3.	Como Derecho Social	11
1.3.4.	Como una tercera rama del Derecho	12
1.4.	Los principios del Derecho de Familia	13
1.4.1.	Discrecionalidad	13
1.4.2.	Tutelaridad	15
1.4.3.	Oralidad	19
1.4.4.	Impulso de oficio	19
1.4.5.	Inmediación	20
1.4.6.	Economía y celeridad	21

CAPÍTULO II

La discrecionalidad

2.1.	El concepto de discrecionalidad	23
2.2.	Diferencia entre los llamados casos fáciles y difíciles	24
2.3.	Discrecionalidad y arbitrariedad	29
2.4.	La discrecionalidad en la Filosofía del Derecho	31
2.4.1.	Teoría de Herbert Hart sobre la discrecionalidad de los jueces	32



2.4.2. Teoría de Ronald Dworkin	34
2.5. La discrecionalidad en el Derecho Administrativo	37
2.6. La discrecionalidad en el Derecho de Familia	40
2.7. La discrecionalidad en el Derecho comparado	48
2.7.1. El caso de Panamá	48
2.7.2. El caso de Costa Rica	51
2.7.3. El caso de El Salvador	53
2.8. La ponderación, la argumentación y la motivación como medios de control de la discrecionalidad	54

CAPÍTULO III

Límites y alcances de la discrecionalidad del juez o jueza de familia en Guatemala

3.1. Límites	61
3.1.1. La finalidad	61
3.1.2. La ley	69
3.2. Alcances	65
3.2.1. Discrecionalidad sustantiva	71
3.2.2. Discrecionalidad procesal: análisis del artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia	79
3.2.2.1. Finalidad de la discrecionalidad	81
3.2.2.2. Dictar medidas	86
3.2.2.3. Obligatoriedad de investigar la verdad	86
3.2.2.4. Ordenar diligencias de prueba	87
3.2.2.5. Apreciación de los medios de prueba	89



CAPÍTULO IV

Elementos indispensables de la discrecionalidad

4.1. Los atributos del juez o jueza de familia y de los magistrados y magistradas de las Salas de la Corte de Apelaciones de familia	91
4.2. La selección de los auxiliares judiciales de la rama de familia	92
4.3. La justicia especializada como política institucional del Organismo Judicial y su incidencia en la aplicación de las facultades discrecionales en el ramo de familia	94
4.3.1. Definición del término “especialización”	94
4.3.2. Alcance del término “especialización”	97
4.3.3. Soportes de la especialización	100

CAPÍTULO V

Análisis y comentarios sobre experiencias en la práctica judicial y sentencias de la Corte de Constitucionalidad relativas a la discrecionalidad del juez y/o jueza de familia

5.1. Violencia intrafamiliar	103
5.2. Juicios ejecutivos	107
5.3. Juicios ordinarios de divorcio	108
5.4. Juicios orales de fijación de pensión alimenticia	111
5.5. Análisis de sentencias de la Corte de Constitucionalidad relativas a la discrecionalidad del juez de familia	115
Conclusiones	133
Bibliografía	137



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación fue inspirado en la necesidad de estudiar, desde un punto de vista doctrinario, las facultades discrecionales de los jueces y juezas en materia de familia, pues se considera que el tema no ha sido abordado en los estudios teórico-científicos con la especialidad necesaria. Ya que, de un lado, la discrecionalidad judicial se ha estudiado en forma general desde la Filosofía del Derecho; y por otro, en un aspecto más específico, en el seno del Derecho Administrativo, en donde ha sido desarrollada toda una teoría respecto a las facultades de este tipo.

Sin embargo, se adquiere la noción de la importancia del estudio e investigación del tema, cuando se advierte que el órgano jurisdiccional familiar a través de su actuar, no sólo salvaguarda intereses privados sino también públicos por la naturaleza de la mayoría de sus normas sustantivas que son de este orden, y que de su objeto derivan graves consecuencias en el plano social, económico, jurídico y moral de toda una comunidad. Así como del número de jueces y juezas con competencia en este ramo, pues además del juez de primera instancia de familia de cada departamento del país –y de algunos municipios que cuentan con juzgados de esta jerarquía y competencia por su importancia–, los jueces de paz mixtos tienen competencia en el ramo de familia.

La investigación pretende enriquecer el conocimiento existente sobre el tema en la actualidad, es decir en el año dos mil dieciséis, a través de la determinación clara y precisa de lo que constituye, desde una perspectiva amplia, la discrecionalidad



dentro del Derecho de Familia, y más específicamente, las facultades discrecionales del juez de familia guatemalteco; los actos que comprende, sus límites y alcances, y que será de trascendencia especialmente para los jueces. La investigación en Guatemala, sobre este asunto en forma general, no ha ido más allá de la técnica meramente descriptiva sobre la práctica forense, sin ahondar en consideraciones teórico científicas que, desde el análisis del fenómeno en la Filosofía del Derecho y el Derecho Administrativo, deduzcan su naturaleza jurídica en el seno del Derecho de Familia, el cual es uno de los propósitos de esta investigación.

Los estudios teóricos y doctrinarios constituyen la base indispensable e imprescindible del juzgador, para desarrollar adecuadamente su función jurisdiccional. Esta investigación no pretende más que coadyuvar en la delicada misión a la que están llamados los jueces y juezas con competencia en el ramo de familia. La ley ha considerado necesario dotarlos de amplias facultades –más que a ningún otro– para adoptar la mejor solución posible del caso concreto, en aras de proteger los altos intereses que les han sido encomendados. Ahondar en los límites y alcances de esas facultades es importante para la consecución de fines tan trascendentes. Por lo que la importancia teórica y práctica del estudio del problema objeto de investigación, está plenamente justificada.

La investigación tiene como objetivos generales, determinar en qué consiste la discrecionalidad judicial en el Derecho de Familia para comprender el contenido del artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia. También contribuir a determinar



el contenido de la discrecionalidad judicial como uno de los principios rectores del Derecho de Familia guatemalteco.

Sus objetivos específicos, son establecer cuáles son aquellos actos procesales y sustantivos a los que se extiende la discrecionalidad del juez de familia de acuerdo al Código Civil y la Ley de Tribunales de Familia, para establecer los alcances de tales facultades. Determinar cuáles son los límites de la discrecionalidad otorgada tácitamente por la ley sustantiva civil, y expresamente por la Ley de Tribunales de Familia y que una vez rebasados dejan de constituir actos discrecionales para tornarse en arbitrarios, con el objeto de contribuir a que los jueces y juezas de familia, o jueces de paz con competencia en este ramo, conozcan hasta dónde pueden y deben encaminar sus funciones discrecionales.

Por último, la investigación parte de los supuestos de que no existe en Guatemala un estudio jurídico doctrinario exhaustivo sobre la discrecionalidad en el Derecho de Familia y las facultades discrecionales del juez de este ramo otorgadas expresamente en el artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia, pues lo relativo a ello ha sido desarrollado solamente en el seno del Derecho Administrativo.

Además, de que algunos jueces de primera instancia de familia, y de paz mixtos con competencia en el ramo de familia en Guatemala, desconocen los límites y alcances de las facultades discrecionales en este ramo, esto debido a la falta de análisis y estudio exhaustivo sobre un aspecto tan importante dentro de la doctrina judicial guatemalteca.



Las facultades discrecionales del juez o jueza en materia de

Derecho de Familia

CAPÍTULO I

1. Aspectos generales

1.1 La creación de los tribunales de familia en Guatemala

Antes de abordar de lleno el tema objeto de la investigación, se hará un breve recorrido por los antecedentes históricos de los actuales juzgados de familia de Guatemala, para determinar el origen de la disposición legal contenida en la Ley de Tribunales de Familia, que posibilitó que la discrecionalidad sustantiva de los jueces cumpliera su cometido, al consagrarse en aquella ley, la discrecionalidad procesal como su necesario e indispensable correlativo.

En la obra de la licenciada Ana María Vargas de Ortiz, *Tribunales de Familia de Guatemala*, es donde probablemente se encuentra el antecedente documentado más remoto de la idea –que años más tarde cristalizó–, de la creación de tribunales específicos del ramo de familia en este país, pues relata que en diciembre de 1943 el abogado y notario, licenciado Oscar Barrios Castillo, publicó su tesis de graduación “*Juez de Familia*” en la que abogaba por la creación de jueces exclusivos y autónomos para conocer y resolver los conflictos familiares; citando, a su vez, como antecedentes, a los Tribunales de Relaciones Domésticas



de New Jersey, Virginia, Denver, Oregón y Marion County, de Estados Unidos o Norteamérica, que atendían asuntos relacionados con la familia.¹

En 1960 se celebró en nuestro país el Primer Congreso Jurídico Guatemalteco, y la excelente ponencia “Necesidad de un Procedimiento Especializado para el Derecho de Familia”, formó parte de los temas discutidos en su seno, obra de los abogados Eduardo Palomo Escobar y Lionel Mirón Rosenthal², quienes en forma breve, clara y concisa pusieron en relieve el marcado divorcio existente entre las normas sustantivas del Derecho de Familia, protectoras y tutelares, y el procedimiento para aplicarlas, basado en principios propios del individualismo liberal con un carácter acentuadamente formalista y rogado.

Enumeraban algunas deficiencias que obstaculizaban la pronta y cumplida administración de justicia en los asuntos de familia, como la tramitación de los procesos en forma escrita; la preponderancia del carácter esencialmente rogado del mismo; el sofisma de la igualdad de las partes y el formalismo, que se imponían a la justicia; el hecho de que no se enfocaban los problemas familiares como problemas humanos, sino como un asunto más de los múltiples que se presentan ante el juez; y la ausencia de entidades especializadas que aportaran al juez los datos y hechos de observación real, esenciales para el exacto conocimiento de los problemas de familia.

¹ A. M. Vargas de Ortiz. *Tribunales de Familia de Guatemala*, pág. 27.

² Primer Congreso Jurídico Guatemalteco. Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, pág. 27



Entre estos problemas, también se incluía la ausencia de poder discrecional en juez, quien no disponía de la flexibilidad que era vital en esta clase de asuntos.³

Estas deficiencias no solo existían en 1960, sino que muchas siguen presentes hasta el día de hoy, a pesar de las excelentes normas contenidas en la Ley de Tribunales de Familia. Pero las malas prácticas, que parecen derogar las leyes; la existencia de juzgados mixtos, en la mayoría de departamentos, que impide la especialización de los jueces; la mala preparación académica, y la inobservancia de los requisitos exigidos por la Ley de Tribunales de Familia para la selección de los jueces y personal auxiliar de los juzgados de familia –que se traduce en la indolencia e indiferencia hacia el drama humano que hay tras cada expediente-, hacen que perdure en gran medida el estado de cosas existente en aquel tiempo.

Las recomendaciones del Primer Congreso Jurídico fueron⁴, entre otras, la organización de los tribunales de familia con jurisdicción específica y exclusiva; la formulación de un procedimiento nuevo y especial; la organización de un cuerpo especial de visitadores sociales adscrito a los juzgados familiares; y la formación de personal especialmente adiestrado.

Se recomendó también, que el procedimiento de familia se caracterizara por ser impulsado de oficio, realista, objetivo y protector de los débiles; oral, antiformalista, regido por los principios de concentración e inmediación procesal, y conciliatorio;

³ *Ibíd*em, págs. 27 y 28.

⁴ *Ibíd*em, pág. 29



con amplia facultad pesquisidora del juez, suficiente flexibilidad y poder discrecional de este en su actuación para requerir la verdad y recabar la prueba que estimara necesaria.⁵

Tal fue, como se ve, la semilla de los tribunales de familia; de la ley de tribunales de este ramo y de los principios que fueron recogidos en ella, que informan al Derecho de Familia guatemalteco. Principios que, como la oralidad, concentración e inmediación, que en la actualidad parecen tan novedosos cual, si fueran un descubrimiento del Derecho Procesal Penal, desde hace mucho tiempo existen en el ramo familiar; y antes que, en él, en el Derecho del Trabajo que sirvió de inspiración al proceso de familia, como veremos más adelante. Pero por las malas prácticas son escasamente positivizados.

1.2 La creación de la Ley de Tribunales de Familia en Guatemala

La licenciada Ana María Vargas de Ortiz en el año de 1963, a su regreso del seminario organizado por la Organización de Naciones Unidas “La condición de la mujer en el Derecho de Familia”, celebrado en la ciudad de Bogotá, Colombia, ese año junto con la trabajadora social Elisa Molina de Stahl –Secretaria de Bienestar Social–, fueron precursoras de la Ley de Tribunales de Familia.⁶

⁵ Ibídem, pág. 30

⁶ A.M. Vargas de Ortíz. *Op. Cit.*, pág. 18.



Los abogados Rafael Aycinena Salazar y a la licenciada Ana María Vargas Dubón fueron nombrados para elaborar el anteproyecto de la ley que creó a los tribunales específicos de familia, recogiendo las recomendaciones del Primer Congreso Jurídico Guatemalteco. Se buscó, además, que el procedimiento en los asuntos de familia fuera poco formalista, impulsado de oficio y para tal fin, se siguieron los lineamientos del proceso laboral contenidos en el Código de Trabajo, por su carácter tutelar y que coincide con el juicio oral contenido en el Código Procesal Civil y Mercantil. El anteproyecto se elevó, previa discusión por la comisión de la Secretaría de Bienestar Social, al Ejecutivo, que lo aceptó y nació el Decreto-Ley 206, aunque con algunas enmiendas y lagunas que posteriormente, tanto el Ejecutivo como la Corte Suprema de Justicia tuvieron que corregir.⁷

Actualmente, ya funcionan en todas las cabeceras departamentales del país los juzgados de Primera Instancia de Familia, aunque en su mayoría con competencia mixta, generalmente con el ramo laboral. En el departamento de Guatemala, en el mes de agosto del año 2014, fue inaugurado el Centro de Justicia de Familia, con ocho juzgados de primera instancia con competencia privativa; tres de admisibilidad; uno de primera instancia y uno de paz, con competencia ambos en violencia intrafamiliar y protección de la niñez. Además, existe un juzgado de primera instancia de familia tanto en Mixco, como en Amatitlán. El Organismo Judicial ha separado los ramos en algunos departamentos, pero aún no es suficiente en vista de la alta carga de trabajo de los juzgados familiares.

⁷ Ibidem, pág. 19



1.3 Ubicación del Derecho de Familia dentro de la sistemática jurídica

Tradicionalmente, el Derecho se ha dividido en Derecho Público y en Derecho Privado. Pero es importante tener en cuenta que, en realidad, no existen divisiones tajantes entre uno y otro, sino que se interrelacionan, y las diferencias entre ellos no son tan evidentes. De todas maneras, es posible establecer varias diferencias.

La relación más usual en el Derecho Público es de desigualdad (el poder público está en una posición soberana, o *imperium*), mientras que, en el Derecho Privado, las relaciones son de igualdad.

En el Derecho Público, las normas se caracterizan por ser imperativas; en cambio, en el Derecho Privado, las normas son dispositivas y actúan cuando no hay un acuerdo o un contrato previo entre las partes. En el Derecho Público, las normas persiguen la consecución de un interés público, sus mandatos no se encuentran sujetos a la autonomía de la voluntad que pudiesen ejercer las partes (es decir, no pueden ser modificados por las partes en uso legítimo de su autonomía de la voluntad, como sí ocurre en el Derecho Privado). Son mandatos irrenunciables y obligatorios, que nacen dentro de la relación de subordinación por el Estado (en ejercicio legítimo de su principio de imperio). La justificación es que regulan derechos que hacen al orden público y deben ser acatados por toda la población.



En cambio, en el Derecho Privado, las normas tienden a favorecer los intereses particulares de las personas.

Es indudable que el Derecho de Familia constituye una rama cuya naturaleza jurídica es difícil de determinar, y no es posible encasillarlo estrictamente dentro de alguna de estas clasificaciones tradicionales del Derecho. Especialmente en la actualidad, cuando los convenios internacionales han alterado enormemente el panorama que acostumbrábamos visualizar.

Por ejemplo, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que corresponde –en la típica clasificación de los derechos humanos acuñada por el jurista checo Karel Vasak⁸- a derechos humanos de primera generación, que, a su vez, regulan derechos individuales, contiene disposiciones relativas a la familia, al matrimonio y al derecho de los hijos a su identidad. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que corresponde a los derechos humanos de segunda generación y regulan derechos sociales, contiene normas relativas a la protección de la familia, dentro del contexto de las disposiciones relativas al trabajo, como correlativo necesario de la subsistencia y bienestar familiar, que solo se logran con el producto de aquél.

⁸ http://en.wikipedia.org/wiki/Three_generations_of_human_rights



Vemos, entonces, cómo el Derecho de Familia se desliga de la tendencia civilista del Derecho Privado, y alcanza al Derecho Público, no solo en el aspecto sustantivo, sino también en el procesal; porque las normas jurídicas que lo conforman, por la importancia de las instituciones que constituyen su contenido las cuales son de interés social, no pueden abandonarse al arbitrio de los particulares, razón por la cual el Estado las regula por medio de normas imperativas, de orden público.

Es de tal importancia su contenido y objeto, los cuales se han ido enriqueciendo con el transcurso del tiempo, que sus normas sustantivas y procesales pugnan por escribirse en sendos Códigos propios que no dejen lugar a dudas sobre su aplicación, principios y alcances. Y nuestra rama ha ido alcanzando la independencia doctrinal, legislativa y judicial necesaria para conquistar su autonomía, siendo el caso de que varios países, como: Argelia, Bolivia, Canadá, Cuba, Costa Rica, El Salvador, Filipinas, Honduras, Malí, Marruecos, Panamá, Polonia, Rusia y algunos Estados de Estados Unidos, ya cuentan con su propio Código de Familia, independiente del Código Civil.

En Guatemala, aunque el Derecho de Familia comparte los mismos códigos sustantivo y de procedimientos con las instituciones del Derecho Civil, tiene sus propios principios, a los cuales debe sujetarse quien juzga, al administrar justicia. Sin embargo, por aquélla circunstancia, lamentablemente al proceso familiar se



aplican el rigorismo y formalismo del Derecho Civil, a soslayo de que, por imperativo de la Ley de Tribunales de Familia, deben observarse los principios propios, los cuales son, en su mayoría, contradictorios y excluyentes con los del Derecho Civil.

Es importante mostrar las posiciones doctrinarias respecto a la ubicación del Derecho de Familia dentro del ordenamiento jurídico:

1.3.1 Como rama del Derecho Público

Dicho ya lo anterior sobre qué es Derecho Público, cabe precisar que el carácter de este no necesariamente va correlativo con la naturaleza de orden público que pueda tener la norma. De esta manera, tendrá el carácter de norma de orden público, aquella que no pueda ser dispuesta por los particulares, en razón de intereses sociales superiores.

En el Derecho de Familia, existe un marcado carácter de orden público, dado el interés del Estado en que se respeten los poderes-funciones involucrados en sus relaciones jurídicas. Y aunque conceptualizado generalmente como rama del Derecho Privado, el Derecho de Familia está conformado por una serie de normas legales que, aunque referidas al ámbito más privado del ser humano, no pueden ser modificadas por la simple voluntad de los particulares.



A ello, se suma que se ha ido alejando paulatinamente del Derecho Privado, medida que el Estado ha intervenido, cada vez más, en la institución familiar, por medio de la creación de normas o la ratificación de convenios internacionales cuyo objeto es brindar protección a las mujeres y los niños y niñas –quienes generalmente son los más vulnerables dentro de las relaciones familiares-, que constituyen normas imperativas, como la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer –entre otras- que forman parte del derecho positivo de muchos países, incluyendo el nuestro.

1.3.2 Como rama del Derecho Privado

El Derecho de Familia evolucionó del derecho pretorio, el cristianismo y las instituciones germanas, ubicándose dentro del Derecho Privado –a lo sumo penetrado en algunos de sus aspectos, singularmente en el matrimonial, por el Derecho Público-; pues se consideraba que aquello que acontecía en el seno familiar, no era de la incumbencia del Estado. Y era así, hasta hace poco, en nuestro país, a pesar de que, como ya se dijo, el conjunto de normas sustantivas que lo constituyen son, predominantemente, de orden público.

Los autores que sostienen que constituye una rama del Derecho Privado, por considerar que regula las relaciones de los particulares dentro del núcleo familiar, no pueden dejar de reconocer el papel más restringido que tiene, dentro de ellas, la autonomía de la voluntad, en vista de los altos intereses que tutela.



Quienes defienden la naturaleza privada de sus normas, consideran intolerable la intromisión del Estado en la institución familiar, y baste para ilustrarlo la pobre bienvenida que, quienes opinando de esta forma –y de otras peores-, dispensaron a la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, a nuestro ordenamiento jurídico.

1.3.3 Como Derecho Social

Otra corriente doctrinaria, considera al Derecho de Familia como una rama del Derecho Social. Gierke, citado por la licenciada Ana María Vargas de Ortiz⁹ considera que la sociedad humana es una jerarquía que se levanta por encima del individuo incorporándolo orgánicamente a la familia; uniones de toda clase de cuerpos autónomos de administración, hasta el Estado como figura corporativa del pueblo en su totalidad. Gracias al concepto del Estado como cuerpo orgánico al que los individuos se hallan incorporados directa o indirectamente, Gierke disuelve el contraste entre el Estado y el pueblo, pero también entre el Derecho Público y el Privado, o mejor dicho, agrega a este binomio la tercera categoría: Derecho Social, que tiene por objeto la incorporación del individuo a la comunidad organizada, su socialización en el sentido específico, no económico. En síntesis, el concepto de Gierke se inspira tanto en valores individuales, como en valores colectivos.

⁹ A.M. Vargas de Ortiz. *Op. Cit.*, pág. 16



1.3.4. Como una tercera rama del Derecho

El tratadista italiano Antonio Cicu sostiene la tesis de la clasificación tripartita del Derecho, en donde el Derecho de Familia sería un tercer género distinto del privado y del público. Su teoría la fundamenta en el razonamiento de que, mientras en el Derecho Público el individuo está subordinado al Estado, y en el Derecho Privado, se encuentra en un plano de igualdad y libertad, en el Derecho de Familia las relaciones jurídicas son similares a las del Derecho Público, pero se distinguen por el interés que persiguen, pues, en este último, el interés superior que se atiende es el del Estado, mientras que, en el Derecho de Familia, el interés es familiar.

Indica que, en el Derecho Privado, el interés que entra en juego es el individual de quienes intervienen en la relación jurídica de que se trate, cada quien persiguiendo sus propios y opuestos intereses. En la relación de Derecho Público, no es admisible que el interés del individuo sea opuesto al del Estado, porque es considerado como parte orgánica de este. Solo existe un interés: el del Estado y voluntades convergentes a su satisfacción. En las relaciones del Derecho de Familia, no se tutelan los intereses individuales, como autónomos, independientes y opuestos, y la subordinación de intereses individuales a un interés unitario, es aún más evidente que en el Derecho Público.



De acuerdo con lo anterior, las relaciones jurídicas en el Derecho de Familia tienen todas las características del Derecho Público: interés superior, unitario y voluntades convergentes a su satisfacción. Con todo lo anterior, continúa Cicu, no se quiere afirmar que deba incluirse al Derecho de Familia en el Derecho Público, pues este corresponde al Estado y a los demás entes públicos. Por lo que debe asignársele un lugar independiente entre ambos Derechos en donde pueda tener cabida.¹⁰

1.4 Los principios del Derecho de Familia

1.4.1 Discrecionalidad

Cabe preguntarse si la discrecionalidad del juez constituye un principio que rige al Derecho de Familia; o si, simplemente, es una característica de este. Para determinarlo, es menester analizar doctrinariamente qué son los principios y las características de estos, para luego contrastarlo con la discrecionalidad contenida en el artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia, y así establecer su naturaleza.

El profesor español Ramón Ruiz Ruiz, en el artículo “La distinción entre reglas y principios”,¹¹ hace un interesante análisis sobre la teoría de Ronald Dworkin, - quien encendió un verdadero debate sobre la naturaleza jurídica de los principios

¹⁰ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/68/dtr/dtr1.pdf>

¹¹R. Ruiz Ruiz. *La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho*. Versión electrónica: <http://es.scribd.com/doc/86707851/85409515-Reglas-y-Principios>



con su crítica al positivismo jurídico-, e indica que es posible inferir tres características esenciales comunes, al menos, a la mayor parte de los principios jurídicos, tales como: la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad. La fundamentalidad de una norma significa que su modificación o sustitución tiene como efecto directo una transformación del resto del ordenamiento jurídico o del sector del mismo en el que esta se inserta. La generalidad de una norma, por su parte, alude a la amplitud del campo de su aplicación; es decir, indica que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos. La vaguedad, en fin, si bien es confundida en ocasiones con la generalidad, tiene, no obstante, un sentido distinto; así, se puede afirmar que una norma es vaga cuando, dado su amplio ámbito de indeterminación semántica, es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en la misma, por lo que aparecen o pueden aparecer casos límite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma.

En este estudio se considera que, al contrastar estas características con la discrecionalidad contenida en el artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia y respecto a la fundamentalidad, efectivamente, la modificación o sustitución de esta norma, tendría como efecto directo una transformación del sector del ordenamiento jurídico en el que esta se inserta, pues esta facultad constituye la columna vertebral de la justicia de familia en nuestro país. En cuanto a la generalidad, la norma está redactada en términos generales y abstractos, por lo



que el campo de aplicación de esta, se extiende a todo el ámbito del Derecho de Familia, sin particularizar ni limitarla de manera estricta.

En cuanto a la vaguedad, la discrecionalidad es, por antonomasia, un término que semánticamente sugiere indeterminación, y es difícil en ocasiones establecer si nos encontramos ante un caso límite o dudoso en el cual el juez debe hacer uso de sus facultades discrecionales; o si, por el contrario, deben aplicarse determinadas normas que, por tenerlo previsto, lo excluye de la norma. Es decir, que obviamente en la práctica judicial, existen casos límite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma.

Del análisis anterior, se evidencia que, efectivamente, la discrecionalidad es un principio explícito del Derecho de Familia.

1.4.2 Tutelaridad

Para el procesalista uruguayo Eduardo Couture, la tutelaridad es “el procedimiento lógico de corregir las desigualdades”.¹²

En el Derecho de Familia guatemalteco, la tutelaridad está claramente regulada en el artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia, y se instituyó para corregir las

¹² E. Couture. *Vocabulario Jurídico*, pág. 489



desigualdades existentes entre partes jurídica e históricamente desiguales. No siempre la parte más débil es la mujer, pero sí lo es más frecuentemente que el varón; y como siempre hay casos que constituyen la excepción a la regla, debe otorgarse también a este, como es debido, la protección de la ley cuando así lo amerite. En cuanto a los niños, siempre son la parte más débil de la relación familiar. Esta expresión –parte más débil- tiene una connotación que trasciende la simple constitución física, alcanzando los aspectos jurídicos, económicos y sociales de la persona.

En relación con la desigualdad apuntada respecto a hombres y mujeres, y que justifica la tutelaridad, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer –CEDAW por sus siglas en inglés- regula, en el artículo 4, las medidas afirmativas –también llamadas “acciones positivas”- encaminadas a corregir la desigualdad históricamente existente entre hombres y mujeres. El principio de la igualdad exige, algunas veces, adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación. Parte del presupuesto de que no basta una mera institucionalidad que garantice la igualdad de oportunidades, sino que se requiere un impulso mayor, un trato especial o reivindicativo.

Respecto a los niños, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, en el artículo 3, consagra el principio del interés superior del niño, como una consideración primordial a la que se atenderá en toda decisión que se adopte en relación con la niñez y la adolescencia y que prevalece ante cualquier otro interés,



en virtud del cual se le otorga una protección jurídica preferente que corrige la desigualdad que resulta de su vulnerabilidad, condicionada por su minoría de edad.

El principio de tutelaridad tiene la particularidad de que existe tanto en el Derecho de Familia sustantivo, como en el procesal. En el primero, la importancia de las instituciones familiares –reconocida en la Constitución Política de la República en el artículo 47 donde dice: “Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”- y Convenciones internacionales, -como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en el artículo 17 consagra la protección a la familia, a la que considera el elemento natural y fundamental de la sociedad- justifica la función tuitiva del Estado, el que para protegerlas debe crear normas de naturaleza tutelar que, como ya se vio, limitan la autonomía de la voluntad de los particulares.

A su vez, el Derecho de Familia procesal, reconoce dicha naturaleza tutelar en los considerandos de la Ley de Tribunales de Familia, los que establecen que la familia, como elemento fundamental de la sociedad, debe ser protegida por el Estado, mediante la creación de una jurisdicción privativa regida por normas y disposiciones procesales, que hagan posible la realización y aplicación efectiva de los derechos tutelares que establecen las leyes, transmitiendo, como es evidente,



la misma naturaleza a sus propias disposiciones procedimentales, mediante la creación de tribunales privativos, y la interrelación de los principios que informan al proceso familiar, consagrándolo en el artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia.

Por todo esto, no es razonable que se le niegue a la tutelaridad su carácter de principio del Derecho de Familia. En el módulo en versión electrónica del curso de Derecho de Familia de la Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial para la capacitación continua de jueces y personal auxiliar, del curso impartido en el año 2009¹³; y en dos módulos de la misma materia destinados a los estudiantes del Programa de Formación Inicial para Aspirantes a Jueces de Primera Instancia del Organismo Judicial¹⁴, se ha sustituido este principio por el de igualdad –a despecho de las normas sustantivas, procesales y convenciones internacionales que directa o indirectamente lo sustentan-. Lo que es preocupante porque son módulos de estudio para la capacitación continua de jueces y personal auxiliar de los juzgados de familia; y para la formación académica y práctica de los futuros jueces y juezas, respectivamente, que tendrán en sus manos la delicada misión de aplicar justicia en este ramo.

¹³ Módulo en versión electrónica de la Escuela de Estudios Judiciales, del curso de Derecho de Familia para capacitación continua de jueces y personal auxiliar 2009, pág. 16.

¹⁴ Módulos en versión electrónica “Curso Procesal de Familia” y “Aplicación Jurisdiccional de los Procesos de Familia” de la Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial, págs. 16 y 11, respectivamente.



1.4.3 Oralidad

La oralidad es un principio procesal del Derecho de Familia, contenido en el artículo 8 de la Ley de Tribunales de Familia, por cuya virtud los procesos familiares, por regla general, deben tramitarse a través del juicio oral, salvo los casos contenidos en el artículo 9 de dicha ley, que se tramitan mediante procedimientos específicos. Por el principio de oralidad, los juicios de familia deben desarrollarse por medio de audiencias, prevaleciendo los principios de contradicción e inmediación, mediante los cuales el juez está en contacto directo con las partes contendientes, quienes deben aportar sus respectivos medios de prueba en la audiencia, los que deben ser diligenciados por el juez.

1.4.4 Impulso de oficio

Un tema en el cual se pone de manifiesto la dirección del proceso, por el juez o las partes, es el impulso procesal. El principio de impulso procesal de oficio, en virtud del cual el juez se asegura de la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo sin necesidad de que las partes lo soliciten –parafraseando a Manuel Ossorio, según su definición de impulso procesal-¹⁵, está regulado en el artículo 10 de la Ley de Tribunales de Familia, que exceptúa de la regla general, a los procesos contenidos en el artículo 9 de la misma ley.

El régimen tradicional en los países latinoamericanos, incluyendo a Guatemala, es

¹⁵ M. Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, versión electrónica: <http://www.slideshare.net/BerardoBest/diccionario-de-ciencias-juridicas-polticas-y-sociales-manuel-ossorio>



el impulso de parte, considerado como una emanación del principio dispositivo, el que, si las partes no lo solicitan, el proceso no se desarrolla, previéndose incluso la posibilidad de declarar la caducidad de la instancia, a petición de parte, y requiriéndose el acuse de la rebeldía para la caducidad del emplazamiento. En los procesos contenidos en el artículo 9 de la Ley de Tribunales de Familia, como se puede deducir fácilmente, el principio dispositivo adquiere mayor relevancia, aunque no del todo, porque los procesos civiles y de familia no son eminentemente dispositivos gracias a lo dispuesto en el artículo 64, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Mercantil, que obliga al juez o jueza a impulsar el proceso de oficio –“sin necesidad de gestión de las partes”, indica el Código-, de lo cual se excluye dar por concluido el emplazamiento, pues es menester que exista la petición de la parte interesada para declarar la rebeldía del demandado, según lo preceptúa el artículo 13 del Código. Salvo esta fase procesal, todas las demás deben impulsarse de oficio, tanto en el Derecho de Familia como en el Derecho Civil.

1.4.5 Inmediación

Estrechamente vinculado con el principio de oralidad, y contenido en el artículo 13 de la Ley de Tribunales de Familia, en virtud de este principio, el juez o jueza debe encontrarse en una relación o contacto directo con las partes. Aunque es de mayor aplicación en el proceso oral, no debiera ser menos en el escrito, especialmente en la recepción personal de las pruebas. Pero, por mandato de la misma ley ya indicada, no solo se limita a que el juez esté presente en la audiencia de juicio oral y en el diligenciamiento de los medios de prueba, sino en



“todas las diligencias que se practiquen en los casos que conozca”, debiendo, por ejemplo, escuchar personalmente a los niños y niñas al recabar su opinión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y no delegar esta obligación en los psicólogos o psicólogas del juzgado; tener contacto con los usuarios que denuncian hechos de violencia intrafamiliar, y estar presente en las juntas conciliatorias señaladas, para proponer fórmulas equánimes de conciliación en los juicios de divorcio –voluntarios u ordinarios-, en los ordinarios de paternidad y filiación, declaración judicial de bienes gananciales, por citar algunos.

1.4.6 Economía y celeridad

Ambos principios están contenidos en el artículo 13 de la Ley de Tribunales de Familia. Íntimamente relacionados, se presuponen el uno al otro, disponiendo que el juez o jueza debe impulsar el procedimiento con la mayor rapidez y economía, evitando toda dilación o diligencia innecesaria

La economía procesal se refiere no solo a las expensas o gastos que el proceso implique, sino a las previsiones que tienden a la abreviación y simplificación del proceso, evitando que su irrazonable prolongación haga inoperante la tutela de los derechos e intereses comprendidos en él. En virtud de la celeridad, se debe impedir la prolongación de los plazos y lograr la eliminación de trámites procesales superfluos.



Al respecto, el artículo 27 del decreto 111-96 que contiene el arancel de abogados, árbitros, procuradores, mandatarios judiciales, expertos, interventores y depositarios, establece que en los asuntos de la competencia de los Tribunales de familia, los oficiales no cobrarán por requerimiento, entrega de cosas o embargo, aunque en muchos órganos jurisdiccionales de familia, los jueces hacen extensiva dicha norma a las certificaciones, por la notoria pobreza de la mayoría de usuarios. También puede positivizarse la economía procesal, al no exigir en algunos juicios, especialmente en los orales, que se presenten certificaciones de nacimiento o matrimonio originales, sino solo fotocopias; y al incluir en las sentencias y convenios la instrucción de que las partes pueden obtener certificaciones de unas y otros, sin necesidad de pedirlo por escrito.

En cuanto a la celeridad procesal, el rechazo *in limine litis* de recursos notoriamente frívolos y/o improcedentes, es una forma eficaz de evitar que el abuso del derecho de recurrir, dilate injustamente el proceso. Es una de las facultades del juez, conferido por medio del artículo 66 inciso c) de la Ley del Organismo Judicial.



CAPÍTULO II

2. La discrecionalidad

2.1 El concepto de discrecionalidad

El *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, define los vocablos discrecionalidad y discrecional, respectivamente, como “la cualidad de lo discrecional”; y “lo que se hace libre y prudencialmente”, o “se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas”.¹⁶

Interesante resulta la inclusión en la definición, del vocablo de “prudencia”, con lo que ya comienza a diferenciarse de la arbitrariedad, con la que a menudo se le identifica, siendo realmente conceptos antagónicos. La prudencia, a su vez, es definida como templanza, cautela, moderación, sensatez, buen juicio, y como una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello.¹⁷ Por lo que es posible desde ya imaginar las virtudes que debe poseer el juez/a de familia para ejercitar, como es preciso, las facultades discrecionales de las que está investido.

El acto discrecional, indica Manuel Ossorio en el *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, es sinónimo de facultades discrecionales y al respecto establece que son “las que posee el órgano administrativo para obrar de

¹⁶ *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, <http://www.rae.es/>

¹⁷ Ídem.



determinada manera, cuando lo crea oportuno y con arreglo a su leal saber y entender para la mejor satisfacción de las necesidades colectivas”.¹⁸

buscásemos una definición de las facultades discrecionales del juez o jueza de familia, no podríamos encontrar una mejor que esta, solamente modificándola en cuanto a quién las detenta.

Ningún tema ha enfrentado tanto las teorías de los filósofos juristas Herbert Hart y Ronald Dworkin, como el de la discrecionalidad judicial en los casos difíciles. Dworkin criticó arduamente al positivismo jurídico, como un esfuerzo por atacar los cimientos de la discrecionalidad judicial.

2.2. Diferencia entre los llamados casos fáciles y difíciles

Indica Pablo E. Navarro en el artículo “Sistema Jurídico, Casos Difíciles y Conocimiento del Derecho”, publicado en la revista jurídica argentina *Doxa*¹⁹, que el concepto de “caso” es de gran importancia para la teoría jurídica, ya que sirve para modelar a otros conceptos jurídicos relevantes. Es necesario distinguir entre casos en sentido amplio –problemas prácticos- y casos en sentido estricto – circunstancias o situaciones en las cuales interesa saber la calificación deóntica de una determinada acción-.²⁰

¹⁸M. Ossorio. *Op. Cit.*, versión electrónica sin número de página.

¹⁹ P. Navarro E. *Sistema Jurídico, Casos Difíciles y Conocimiento del Derecho*, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141879.pdf>, pág. 249.

²⁰ *Ibidem*, pág. 250



Se dice que un caso es fácil o claro, cuando la descripción formalista es más acertada: basta un silogismo para conectar la norma con la solución, de suerte que el poder del juez está estrictamente limitado. Indica Santiago Sastre Ariza ²¹ que la facilidad de un caso es algo que se comprueba *a posteriori*, esto es, una vez realizada la interpretación, pues se acude a la norma una vez realizado un juicio sobre su validez y aplicabilidad. La claridad del enunciado jurídico se constata una vez que se ha llevado a cabo la interpretación, comprendiendo el significado de sus términos y también después de comprobar que los hechos coinciden con los que contempla el enunciado. Es decir, que siempre será necesaria la interpretación de la norma, aunque solo sea para apreciar su claridad.

Pablo E. Navarro, en el artículo ya citado,²² indica, en relación con los casos difíciles, que podría decirse que un caso es de esta naturaleza si, dada la ambigüedad de una formulación normativa, la vaguedad de sus conceptos, la inconsistencia o insuficiencia de las normas jurídicas, no hay consenso entre los juristas acerca de la respuesta correcta al caso y se necesita, para su solución, sopesar argumentos de principio. Parafrasea a los autores Thomas Perry, Herbert Hart y Steven Burton, quienes consideran que un caso es difícil cuando:

- No hay respuesta correcta al caso.

²¹ S. Sastre Ariza. *Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos*, http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/6982/dyo1_23.pdf?sequence=1, pág. 300

²² P. Navarro. *Op. Cit.*, pág. 253



- Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresan son vagos, poseen textura abierta, etc.
- El derecho es incompleto o inconsistente.
- No hay consenso acerca de la resolución del caso en la comunidad de juristas.
- El caso no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.
- El caso es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.
- Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.
- La solución del caso involucra necesariamente a juicios morales

El tipo de caso difícil más frecuente, es aquel en el que la norma aplicable es de textura abierta y, por tanto, contiene una o más expresiones lingüísticas vagas. Respecto a la textura abierta, cualquiera que sea la técnica que se elija, precedente o legislación, para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos actúen sin dificultades respecto de la mayoría de los casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione, las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una textura abierta.



Este problema es una característica general del lenguaje humano. La falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales muestran, cuando se los usa así, una irreductible textura abierta. Sin embargo, y a pesar de esta característica poco deseable del lenguaje, no se encuentra una mayor ventaja en la formulación de reglas detalladamente adecuadas para cada caso particular.²³

Según Hart, es una característica de la condición humana que en todos los casos en que se trata de regular por adelantado alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, se encuentren obstáculos conectados entre sí. El primero de ellos es la relativa ignorancia de los hechos; el segundo, la relativa indeterminación de los propósitos.²⁴

Estos dos obstáculos no existirían si el mundo estuviera compuesto por un número finito de cosas, si la totalidad de los hechos fueran conocidos de antemano, pudiendo, por esto, formular previsiones por adelantado para toda situación posible. Se podrían formular normas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva evaluación del hecho y de la norma misma. En una

²³ <http://suite101.net/article/la-textura-abierta-en-el-lenguaje-del-Derecho-a25220#.V-u-hojhBdg>

²⁴ Ídem



situación como esta, se podría instaurar una teoría jurídica mecánica, donde la tarea consistiría únicamente en la aplicación mecánica de las reglas.²⁵

Sin embargo, no existe un mundo como ese. Los legisladores no tienen el conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. Y esta incapacidad de anticipar los hechos trae aparejada una relativa indeterminación de propósitos.²⁶

Puede darse el caso también de que, aun y cuando la norma jurídica sea clara, exista más de una opción razonable de solución. O que no exista norma alguna que regule el caso concreto –lagunas-. O también que, existiendo una norma jurídica pertinente cuyo texto sea claro, su aplicación sea injusta o socialmente perjudicial. Por último, puede acontecer que se presente este problema, cuando un juez o jueza deba decidir contra su propio precedente, que a la luz de nuevas circunstancias considere necesario modificar, por lo que el cambio de jurisprudencia implica una carga argumentativa superior a la de los casos rutinarios..²⁷

Ronald Dworkin atacó la teoría de la discrecionalidad judicial, indicando que aunque no haya norma jurídica aplicable al caso concreto, siempre habrá

²⁵ Ídem

²⁶ Ídem

²⁷ P. E. Navarro. *Op. Cit.*, págs. 252-253



principios que lo sean y que están contenidos en el ordenamiento jurídico, como se verá más adelante.

2.3. Discrecionalidad y arbitrariedad

Aunque son conceptos distintos que no se corresponden entre sí, están íntimamente relacionados en el sentido de que bajo el actuar discrecional puede incurrirse en arbitrariedad.

Manuel Ossorio define la arbitrariedad como “Acto, conducta, proceder contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado solo por la voluntad, el capricho o un propósito maligno”.²⁸

Entre las diferencias entre uno y otro concepto, encontramos que la arbitrariedad es una conducta antijurídica e ilegítima de los órganos del Estado; en cambio la discrecionalidad se desenvuelve en un contexto de juridicidad y es, por principio, legítima. Un acto administrativo discrecional tiende a satisfacer los fines de la ley, como es el interés público; en cambio un acto arbitrario se aparta de la finalidad a que el acto emitido debe responder. Otra diferencia que es oportuno apuntar, es que la arbitrariedad es una libertad mal orientada; en cambio la discrecionalidad, si bien, también goza de libertad, está limitada por un fin, que es la satisfacción de

²⁸ M., Ossorio. *Op. Cit.*, versión electrónica sin número de página.



los intereses públicos que marca la ley. En consecuencia, su fiscalización está determinada precisamente por su finalidad y aquella debe estar orientada a la demostración de que el acto discrecional no se dirige a la satisfacción de esa finalidad.²⁹ Es decir, que lo injusto, irrazonable, ilegal, caprichoso o malicioso, es de la esencia del concepto de arbitrariedad, por lo que para determinar si se está en presencia de un acto de esta naturaleza, ha de buscarse uno o varios de estos elementos en el mismo.

En este contexto, podemos afirmar que el límite de la discrecionalidad del juez o jueza en el Derecho de Familia, además de los que marca la ley con meridiana claridad específicamente en el artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia, como lo veremos en el capítulo siguiente, es satisfacer la finalidad de la norma a través de la actuación del juez dentro de los límites de lo razonable. Por ejemplo, el juez o jueza de familia tiene la facultad discrecional de calificar a su prudente arbitrio la suficiencia o insuficiencia de la garantía de los alimentos y educación de los hijos/as, ofrecida por el obligado –o la obligada, en su caso-, requisito *sine qua non* para dictar la sentencia de separación o divorcio.

Concretando el ejemplo, podría rechazar una garantía fiduciaria cuando el fiador es pariente dentro de los grados de ley del padre o madre bajo cuya guarda y custodia quedarán los niños. Una fianza en tales términos, no es suficiente pues

²⁹ M.S., Marienhoff, . *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 63



ante el incumplimiento del obligado, es poco probable que el padre o la madre que represente a los niños, dirija su acción contra sus propios parientes.

Este ejemplo ilustra los innumerables casos en los que los obligados ofrecen como garantes a los padres o hermanos de la cónyuge a cuyo cargo quedarán los niños, aunque ello no excluye la posibilidad de que sea este último, quien, urgido por obtener el divorcio y ante la indiferencia del obligado, la proponga, lo cual no contribuye a crear consciencia en quienes tienen el deber de responsabilizarse.

2.4. La discrecionalidad en la Filosofía del Derecho

El problema de la discrecionalidad en el ámbito del Derecho de Familia no ha sido abordado en los estudios teórico científicos con la especialidad necesaria porque, de un lado, la discrecionalidad judicial se ha estudiado en forma general desde la Filosofía del Derecho; y del otro, en un aspecto más específico, a las facultades de este tipo se las ha estudiado generalmente dentro del Derecho Administrativo, en cuyo seno ha sido desarrollada toda una teoría al respecto.

Es por eso que se partirá del análisis del asunto desde las más importantes teorías de la Filosofía del Derecho relativas a ello. Luego, se analizarán las teorías que sobre el asunto, se han desarrollado en el seno del Derecho Administrativo en donde se ha estudiado con mayor amplitud el fenómeno de las facultades



discrecionales, a fin de poder deducir la naturaleza jurídica de la discrecionalidad de las facultades de este tipo en el seno del Derecho de Familia.

2.4.1. Teoría de Herbert Hart sobre la discrecionalidad de los jueces

Herbert Lionel Adolphus Hart (Harrogate, 18 de julio de 1907 –Oxford, 19 de diciembre de 1992), fue uno de los filósofos ingleses del Derecho más importantes del siglo XX. Su teoría se distingue por dos características fundamentales: en primer lugar, la teoría hartiana es general, en el sentido de que no intenta explicar un sistema jurídico particular –como el inglés o el norteamericano-, sino cualquier sistema jurídico vigente en la sociedad contemporánea. En segundo lugar, su perspectiva de estudio es descriptiva, en tanto que pretende aclarar la estructura del Derecho y su funcionamiento sin considerar para ello la justificación moral de las prácticas jurídicas.

Respecto a la discrecionalidad judicial, Hart indica que a veces se advierte desde un comienzo que la esfera a ser controlada jurídicamente, es un campo en el que las características de los casos individuales variarán tanto, en aspectos socialmente importantes pero impredecibles, que la legislatura no puede formular útilmente por anticipado reglas generales para ser aplicadas de caso a caso. Y que para regular tal esfera, la legislatura establece guías muy generales y delega en un cuerpo administrativo creador de reglas, familiarizado con los diversos tipos

de casos, la tarea de modelar reglas adaptadas a las necesidades de estos.³⁰ Estas consideraciones, claramente referidas al ámbito administrativo, son aplicables analógicamente a lo que acontece en el Derecho de Familia, pues la variedad de las características que reviste a cada caso particular, que no puede ser resuelto justamente sin tomarlas en cuenta debidamente, impone necesario dotar al juez de la flexibilidad necesaria por medio de la discrecionalidad.

Hart plantea la discrecionalidad como la posibilidad de elegir entre diferentes cursos de acciones válidas para cuando no exista respuesta jurídica correcta. Estos son los llamados casos difíciles: donde existe más de una interpretación razonable. Cuando estos casos llegan a los estrados judiciales, los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. Cuando la regla es imprecisa, el juez o jueza no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada, por lo que no está aplicando el Derecho, ya que las reglas no le indican una u otra dirección, sino que crea una regla para el caso concreto. Basando sus decisiones en argumentos de principio, estas no son de conveniencia social, sino de consistencia jurídica y moral.

Indica Hart: “Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría

³⁰ H., Herbert. *El Concepto de Derecho*, pág. 169

de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas, que los cuerpos administrativos desempeñan centralmente en la elaboración de *standards* variables. En un sistema donde el *stare decisis* es firmemente reconocido, esta función de los tribunales se asemeja mucho al ejercicio por un cuerpo administrativo de potestades delegadas de creación de reglas".³¹

2.4.2. Teoría de Ronald Dworkin

En estrecha vinculación con lo anterior, el filósofo norteamericano Ronald Myles Dworkin (Worcester, Massachusetts, Estados Unidos, 11 de diciembre de 1931 - Londres, Inglaterra, Reino Unido, 14 de febrero de 2013) refuta las teorías de Hart respecto a la discrecionalidad judicial.

Dworkin fue quien primero comprendió al Derecho como un sistema o modelo de reglas o principios. Según él, el modelo de las reglas del positivismo, estaba caracterizado por tres tesis fundamentales:³²

1) Los sistemas de reglas consisten en reglas especiales que se identifican no en razón de su contenido, sino de su origen o procedencia (*test of pedigree*),

³¹ *Ibíd*em, pág. 175

³² D. Sobrevilla. *El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy*, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-modelo-juridico-de-reglas-principios-y-procedimientos-de-robert-alexey-0/>, pág. 98.



diferenciándose de reglas que no son válidas o que son extrajurídicas;

2) El Derecho se determina exclusivamente sobre la base de estas reglas. Si ellas no fijan una decisión judicial, los jueces tienen un cierto margen de discrecionalidad para resolver el caso;

3) Las obligaciones jurídicas y los derechos, solo existen en razón de estas reglas.³³

Frente a este modelo, el modelo de las reglas y principios propuesto por Dworkin, tiene estas características:

1) Los sistemas jurídicos contienen, al lado de reglas, principios. Los principios se diferencian de las reglas, por las siguientes características: a) porque en tanto que las reglas tienen el carácter de ser aplicables o no (“todo o nada”), los principios están sujetos a la ponderación y tienen la propiedad del peso (un peso mayor o menor frente a otros principios); b) Las reglas tienen una validez estricta, en tanto que los principios pueden ser desplazados por otros principios;

2) Los jueces no tienen un margen de decisión, sino que cuando se presentan casos difíciles, se encuentran sometidos a los principios. Esta es la tesis *débil* de Dworkin, quien incluso llegó a sostener otra tesis *fuerte*: que en verdad solo es posible ofrecer una única respuesta correcta a cada caso.

3) Los jueces no crean derechos a través de sus decisiones, sino que fijan

³³ Ídem.



derechos políticos ya existentes.³⁴

Dworkin indica que los principios funcionan de una manera diferente a las reglas pues dictan resultados menos precisos que las normas. Son igualmente obligatorios, en tanto deben ser tenidos en cuenta por cualquier juez o intérprete en los casos en que son pertinentes. Por esta razón, según Dworkin, los argumentos del positivismo de Hart son falsos, ya que los jueces en los casos difíciles no tienen discrecionalidad para crear derecho: por el contrario, tienen que aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico, porque aunque no existan reglas aplicables al caso concreto, siempre existirán principios que lo sean y en consecuencia, una de las partes en un litigio tendrá derecho a que el juez le reconozca en su sentencia que esos principios le dan la razón.³⁵

El artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial es un precepto fundamental de carácter imperativo, y en consecuencia, de obligada observancia para los jueces, que contiene los criterios de interpretación de las normas jurídicas, el cual regula que como último criterio de interpretación de los pasajes oscuros de las normas se deberá atender "...al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del Derecho".

³⁴ Ídem.

³⁵ C. Rodríguez. "Dworkin / R. H., Hart. *La decisión judicial; Estudio preliminar*, pág. 88.



2.5. La discrecionalidad en el Derecho Administrativo

Adentrándonos en el concepto de discrecionalidad en el campo del Derecho Administrativo, Rafael de Pina la define indicando que es la “resolución de un órgano administrativo dada en el ejercicio de la potestad de esta naturaleza”.³⁶

El autor José Antonio García-Trejivano Fos, citado por la licenciada Luz Estela Cuevas Figueroa de Chavarría en su tesis de graduación, la define como “Una unidad de medida prefabricada por la propia Administración para actualizar y aplicar los conceptos *standards* que se encierran en las normas”.³⁷ Parafraseando a la licenciada Cuevas Figueroa, quien indica que de lo anterior podemos deducir que esta unidad de medida constituye un patrón por el que la administración tiene qué pasar mientras no lo modifique, lo cual no significa que estará para siempre vinculada a su propia decisión, pero que una cosa es resolver contra el precedente y otra modificar la unidad adoptada, tenemos de que el precedente vendría a ser el vínculo para detectar la violación a la unidad de medida, la cual además es fiscalizada judicialmente, por lo que puede ser anulada o reformada. Es decir, que en la discrecionalidad existen varias posibilidades, pero solo se escoge una, sin que ello implique que sea la más justa, sino la más ajustada al interés público.³⁸

³⁶ R. De Pinal. *Diccionario de Derecho*, pág. 194.

³⁷ J.A. García Trejivano-Fos. citado por L.E. Cuevas Figueroa de Chavarría. *Las facultades discrecionales concedidas por la ley a los tribunales de familia. Sus alcances, limitaciones y arbitrariedades en la práctica tribunalicia guatemalteca*, pág. 38.

³⁸ Ídem.



El licenciado Eric Meza Duarte³⁹ indica que la actividad administrativa del Estado debe desenvolverse con sujeción a los preceptos jurídicos que constituyen el marco de esa actividad. Sin embargo, las normas jurídicas regulan de diversas maneras la actuación de los órganos administrativos, según el caso; así, por ejemplo, puede suceder que la regla jurídica señale con precisión qué, cómo y cuándo debe hacerse u omitirse algo, indicando la manera de dictarse el acto administrativo. La actuación “queda aprisionada a la rigidez de la norma”, como indica García Oviedo.⁴⁰ Son los actos que en la doctrina y la jurisprudencia norteamericana se denominan *ministeriales* y constituyen la base para determinar la procedencia del *writ of mandamus*.⁴¹

En otras situaciones, en cambio, el órgano administrativo tiene una mayor amplitud para actuar, porque el precepto jurídico no indica los carriles precisos por donde su actuación debe encaminarse; o sea, que no se determina normativamente el qué y el cuándo de la actuación, sino que se deja a la discreción del órgano la determinación de la oportunidad y conveniencia del acto; la norma se limita a formular un principio general de conducta, confiriendo de esa forma, ciertos poderes y facultades, fijando solo un círculo limitativo para restringir lo más posible los riesgos de arbitrariedad⁴².

³⁹ E. Meza Duarte. *Manual de Derecho Administrativo*, pág. 126.

⁴⁰ García Oviedo, citado por E. Meza Duarte. *Op. Cit.*, pág. 126.

⁴¹ Meza Duarte, Eric. *Op. Cit.*, pág. 126.

⁴² *Ibíd.*, pág. 128.



Según la caracterización anterior, los actos de la administración pueden ser reglados y discrecionales. Los primeros, obligatorios o vinculados, constituyen la mera ejecución de la ley, en cuyo caso el precepto normativo señala precisamente la oportunidad, el modo y la forma de revestir la actuación administrativa. “Se comprende con el nombre de actividades discrecionales todos aquellos actos que la administración pública es libre de hacer o no hacer”.⁴³

Los actos discrecionales, en cambio, nos ponen en presencia de una normativa en la que las restricciones son menores y, por consiguiente la libertad de actuar de la administración es más amplia. Según la doctrina dominante, hay discrecionalidad cuando la administración puede decidir según su leal saber y entender, si debe o no actuar y, en caso afirmativo, qué medidas adoptará⁴⁴. Potestad discrecional, dice Forsthoff⁴⁵, es capacidad de elección entre varias formas de comportamiento igualmente posibles jurídicamente.

En el Derecho de Familia sucede con frecuencia, que la norma no le indica taxativamente al juez o jueza, aquellos carriles precisos por los cuales conducir su decisión, de los que nos habla el licenciado Meza Duarte, por lo que deberá tomarla moviéndose dentro del círculo limitativo que le imponen la finalidad que

⁴³ G., Chioyenda. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, pág. 319.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ E., Forsthoff., citado por E. Meza Duarte. *Op. Cit.*, pág. 128.



debe alcanzar, y la ley. Extendiendo sus facultades a todos aquellos actos que, según la norma, puede dirigir su actividad discrecional sin excederlos.

2.6. La discrecionalidad en el Derecho de Familia

Corresponde ahora deducir del análisis anterior, en qué consiste la discrecionalidad del juez o jueza de familia. Ante todo, es necesario tener claro cuál es el propósito general del ordenamiento jurídico específico del ramo de familia. De lo contrario, al presentarse el caso no contemplado, no tendremos claro hacia dónde deberá dirigirse nuestra decisión discrecional. Indica Hart: “Cuando el caso no contemplado se presenta, confrontamos las cuestiones en juego y podemos entonces resolver el problema, eligiendo entre los intereses en conflicto de la manera más satisfactoria”.⁴⁶

En el Derecho de Familia, la interpretación de las leyes no puede darse el lujo de ser demasiado formal, sin hacerse cargo de semejanzas y diferencias entre los casos, que solo son visibles cuando estos se examinan a la luz de objetivos sociales. Una técnica aplicable en este campo, es la “razonabilidad” de la decisión.

Según Hart, cuando la esfera a controlar es tal que resulta imposible identificar una clase de acciones específicas que uniformemente deban de ser realizadas u omitidas, y convertir esas acciones en objeto de una regla simple, aunque el conjunto de circunstancias, si bien muy variado, incluya características familiares

⁴⁶ E. Meza Duarte. *Op. Cit.*, pág.167.



de la experiencia común, la discrecionalidad y los juicios comunes sobre lo que es “razonable” pueden ser utilizados en el Derecho.⁴⁷

Si bien lo anterior lo ubica Hart en el seno del Derecho Administrativo, en donde dichos juicios comunes se exigen al particular, y no al ente administrativo, es posible asimilarlo, por revestir características parecidas, a lo que acontece en el Derecho de Familia, en el cual se actualizan aquéllas características de las que resulta imposible que el juez o jueza pueda uniformemente deducir de la norma jurídica, una sola acción específica aplicable al caso concreto, por la variedad de circunstancias que lo rodean.

Por lo tanto, formular los juicios comunes sobre lo que es “razonable” correspondería al juez o jueza, no al particular, en el momento de tomar sus decisiones dentro de la esfera de sus facultades discrecionales, que le dejaría la tarea de valorar las pretensiones sociales que surgen en formas diversas no anticipables y de obtener un razonable equilibrio entre ellas, cuando fuera posible y factible, o de decidir lo más adecuado de acuerdo con el *standard* que, como se verá más adelante, está constituido por las reglas resultantes del proceso intelectual del juez, quien las deduce de los principios.

⁴⁷ H. Herbert. *Op. Cit.*, pág. 164



Del análisis de las teorías de Hart y Dworkin sobre la discrecionalidad judicial, es factible deducir una opinión conciliadora de ambas, en el seno del Derecho de Familia, obviamente hasta donde ello es posible, dada la evidente contradicción entre ellas.

El problema de la existencia, o no, de la discrecionalidad de los jueces, que ha sido objeto de acalorados debates entre notables juristas, como hemos visto, emana de la existencia –también ampliamente discutida- o no, de los llamados casos fáciles, difíciles y hasta trágicos –como menciona Manuel Atienza⁴⁸-, cuya distinción juega un papel esencial en las teorías actuales de la argumentación jurídica y de la teoría contemporánea del Derecho.

En el Derecho de Familia, más que en otra rama del Derecho –excluyendo el Derecho Administrativo-, la constante es la existencia de casos frecuentes sometidos al conocimiento del juez o jueza, en los que no existe una regla precisa que, sin lugar a dudas y taxativamente, le indique qué debe resolver, porque las circunstancias que rodean cada caso en particular generalmente son tan variadas, y cada una tan importante como la otra, que sería imposible para el legislador poder incluirlas todas en la norma.

⁴⁸ A. Manuel. *Límites de la Interpretación Constitucional*. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-limite-de-la-interpretacin-constitucional-de-nuevo-sobre-los-casos-trgicos-0/>



Además, los asuntos en el Derecho de Familia incluyen sentimientos que deben ser tomados en cuenta por el juez, especialmente los de los niños y niñas. Y esto es tan cierto que, aunque jurídicamente el juez crea tener la solución del caso, las circunstancias reales y los sentimientos inmersos pueden neutralizar lo decidido internamente por el juez. Por lo que deberá, entonces, volverse a los principios para resolver con justicia, prudencia y humanidad.

Al final, en este estudio, se considera que el Derecho se reduce a la jerarquización de derechos fundamentales que entran en contradicción y la cuestión estriba en establecer cuál de ellos debe prevalecer, con lo que el problema se torna valorativo y en su solución interviene la moral.

Como ejemplo, se cita el caso de un padre, divorciado de su cónyuge, que pretendía la guarda y custodia de su hijo, quien había vivido ocho de sus diez años de vida al lado de su madre. La madre había fallecido hacía dos años, por lo que el niño quedó bajo el cuidado de la abuela materna, quien lo había criado desde su nacimiento mientras la madre trabajaba. El padre interpuso la demanda, con toda la seguridad de ganar el caso, pues como padre, era titular de la patria potestad sobre su hijo y con derecho preferente a ejercer la guarda y custodia.



Sin embargo, la decisión no le fue favorable, debido a circunstancias como el hecho de la poca relación paternal que había tenido con su hijo y de que su nueva conviviente no demostró mayor entusiasmo en recibir al pequeño en el seno del hogar, pero, principalmente, porque arrebatar al niño del hogar que durante toda su vida había conocido como suyo, y del lado de su abuela materna, a quien identificaba como su “otra” madre, supondría un gran sufrimiento para él, lo que fue establecido a través de la positivización del deber de recabar y tomar en cuenta la opinión del niño o niña, de acuerdo con su edad y madurez⁴⁹. Lo cual pone de manifiesto que en el ramo de familia, lo que el Derecho da por sentado, la naturaleza humana y los sentimientos inmersos, pueden cambiarlo.

Un caso como este, no lo resuelven finalmente las normas –pues de ser así, la patria potestad hubiese resuelto el asunto sin más-, sino los principios, ya que la tutela a la parte más débil y el interés superior del niño prevalecieron sobre el derecho subjetivo del padre.

Al volverse el juez a los principios, se vuelve a las normas también, porque aquellos están contemplados en estas. Pero, los principios –que no tienen especificidad aún- tampoco le dan la respuesta concreta al asunto, por lo que el

⁴⁹ Véase el artículo 12 de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el Derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.



juez, a través de aquellos y de un proceso intelectual, crea una nueva regla –no escrita en la forma de un enunciado normativo- aplicable a cada caso específico, deduciéndola lógicamente de los principios –contenidos en la ley escrita y preexistente- que a su vez constituyen los límites de los cuales no debe excederse.

En esta tesis se sostiene que estas reglas constituirían el equivalente en el Derecho de Familia al *standard* variable de la administración, aplicable a casos similares, del cual el juez o jueza no podría alejarse, o resolver en contrario en casos que revistan más o menos las mismas características, a menos de que exista una razón suficiente para hacerlo, la cual debe estar debidamente motivada en la resolución judicial para efectos del control de la discrecionalidad.

Dworkin niega la discrecionalidad. Dice que los jueces no tienen discrecionalidad para crear reglas, porque aunque no haya reglas, hay principios que son aplicables, contenidos en aquéllas.⁵⁰

En este estudio, se considera que es correcto dicho razonamiento en el sentido de que el juez o jueza no puede aplicar un principio que no esté contenido en la ley o, que por lo menos, no sea indicado someramente por esta, como acontece con el

⁵⁰ R. Dworkin, citado por C. Rodríguez. *Op. Cit.*, pág. 88



artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, que para la resolución de casos difíciles nos remite, en última instancia, -pues la enumeración en la segunda parte del artículo, que son los criterios de solución de los casos difíciles, guardan un orden excluyente y de precedencia-, "...al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del Derecho".

Pero, lo que es innegable, es que si los principios son mandatos de optimización, caracterizados porque pueden ser cumplidos en diferente grado, y que la medida de su cumplimiento no solo depende de sus posibilidades reales, sino jurídicas, según definición que de ellos hace Robert Alexy⁵¹, la valoración de esas posibilidades reales y jurídicas que determinen la medida de su cumplimiento está por completo abandonada al juez, quien tiene en consecuencia la facultad de obrar de determinada manera, cuando crea oportuno y con arreglo a su leal saber y entender, a fin de tomar la mejor decisión para la mejor satisfacción de las necesidades colectivas, que no es más que la definición de facultades discrecionales ofrecida por Ossorio⁵². Lo cual hace el juez o jueza no solo dentro de los límites que los principios contenidos en las normas positivas le imponen, sino que no puede despojar su decisión del contenido moral y ético que es de la esencia de los asuntos de familia. Creando, en consecuencia, una nueva regla – no escrita como un enunciado normativo, sino implícita en la resolución- que constituye el precedente, o *standard*, que no existía tal cual, en la ley.

⁵¹ A. R. citado por D. Sobrevilla. *Op. Cit.*, pág. 100

⁵² M. Ossorio. *Op. Cit.*, versión electrónica sin número de página.



Es decir, que el juez o jueza de familia, ante varias posibilidades, debe escoger aquella que alcance la finalidad que, según la ley, justifica la existencia del acto discrecional en esta rama del Derecho: la protección de la parte más débil, siempre y cuando no exista una norma que contemple la solución al problema planteado, pues la ley es uno de los límites de la actuación discrecional de los jueces.

Esta finalidad no solo debe deducirse de las normas de derecho interno, sino también de lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, pues estos, de conformidad con el artículo 46 de la Constitución, prevalecen sobre el derecho interno. En la materia objeto de estudio, los estándares internacionales especiales aplicables, provienen de las convenciones que protegen derechos de grupos vulnerables, entre ellas y sin excluir otras, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención de Belem do Pará, la Convención de La Haya Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, y sus respectivos protocolos facultativos.

Por lo que, de todo lo anterior, podríamos construir la siguiente definición de discrecionalidad del juez o jueza de familia: “Es la facultad que tiene el juez o jueza de familia de obrar de determinada manera, cuando crea oportuno y con arreglo a su leal saber y entender, a fin de tomar la mejor decisión para la mejor



satisfacción de las necesidades de la parte más débil de la relación familiar, dentro de los límites de la finalidad de la decisión, y de la ley; hasta los alcances contenidos en las normas que otorgan las facultades discrecionales”.

2.7. La discrecionalidad en el derecho comparado

2.7.1 El caso de Panamá

El Código de la Familia panameño, que es la Ley número 3⁵³, regula lo relativo al ramo de familia, tanto sustantiva como procesalmente. En esta ley no se otorgan al juez o jueza facultades discrecionales en forma explícita, sino tácita, tal como se puede colegir de la lectura de algunos artículos de naturaleza sustantiva, como por ejemplo, lo dispuesto en los artículos siguientes:

En lo relativo al divorcio, el artículo 217 de la ley indicada dispone que, al admitirse la demanda de divorcio o antes, si hubiese urgencia, se tomarán provisionalmente por el juez, y solo mientras dure el juicio, las providencias siguientes: “1. Separar a los cónyuges, si no existe separación anterior a la demanda; 2. Poner a los hijos o hijas al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, o de otra persona, según proceda; 3. Señalar la suma que el marido debe dar a la mujer para expensas de la *litis*, si ella no tiene sueldo o bienes bajo su propia administración y siempre que ella no viva públicamente con otro hombre; 4. Señalar alimentos: a) a los hijos o hijas que no estén en poder del padre y b) a la mujer, si esta no estuviere separada voluntariamente del marido o no viviese públicamente con otro hombre;

⁵³ Del 17 de mayo de 1994



5. Ordenar, en caso de que haya dudas de que la mujer pueda estar embarazada, los exámenes médicos y/o de laboratorio necesarios para determinar tal situación, y en caso de estar embarazada, las medidas necesarias para evitar la suposición del parto”. Es decir, la redacción del artículo permite la discrecionalidad de los jueces.

En lo que atañe a la adopción, el artículo 301 regula que el juzgado hará una previa y minuciosa investigación acerca de la familia y ambiente del menor, y de la familia y ambiente del presunto adoptante. El artículo 302 establece que el juicio, en la adopción, será sumario, y el juez podrá promover la adopción sin necesidad de solicitud de parte interesada. El artículo 305, regula que con el objeto de acreditar fehacientemente la existencia del interés para el menor de edad, el juzgado practicará las diligencias y reunirá la información que considere indispensable sobre la personalidad de los presuntos adoptantes, y de sus circunstancias familiares, morales y económicas. Agregando que estas pruebas e informaciones serán valoradas con amplias facultades por el juez.

En lo relativo a la guarda y custodia, regula la ley analizada en el artículo 327 que de no mediar acuerdo de los padres, o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos o hijas, la cuestión se decidirá por la autoridad competente, que se guiará, para resolver, por lo que resulte más beneficioso para los niños.



Respecto al derecho de alimentos, la ley indicada establece en el artículo 377 que para su fijación, la autoridad competente apreciará las circunstancias de los alimentistas y otras que estime convenientes para determinar las necesidades del que recibe los alimentos.

El libro cuarto de dicho Código, que recoge lo relativo a la jurisdicción y los procedimientos, en el título preliminar de las definiciones y principios básicos, en el artículo 740 establece que los jueces de familia y los de menores (sic), procurarán la más justa y eficaz administración de justicia y, a tal efecto, pondrán especial empeño en emplear en los procedimientos fórmulas expeditas y sucintas, para dejar claramente resuelto el asunto bajo su conocimiento con la mayor economía procesal. En los procesos de menores de edad, el juez concederá prevalencia al interés superior de estos últimos.

El artículo 762 regula que en esta materia, rigen los principios inquisitivos, de gratuidad, de reserva, de confidencialidad, de intermediación, de oralidad y de economía procesal.

Llama la atención lo dispuesto en los artículos 763 y 766 que, como se verá, claramente fueron inspirados en el artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia



guatemalteca, los cuales preceptúan, respectivamente, que: “Los Jueces de la Jurisdicción de Familia y Jurisdicción Especial de Menores procurarán que la unidad en las relaciones familiares quede debidamente protegida, para lo cual dictarán las medidas que estimen convenientes con prevalencia del interés superior del menor. Así mismo, están obligados a investigar la verdad de las controversias que se les planteen, mediante práctica de las diligencias probatorias que consideren necesarias”. “Cuando el Juez considere necesaria la protección de los derechos de una parte, antes o durante la tramitación de un proceso, podrá decretar de oficio o a petición de parte, las medidas cautelares o tutelares que estime convenientes, las cuales se ordenarán sin más trámite y sin necesidad de prestar fianza o caución cuando albergare justo motivo”.

2.7.2 El caso de Costa Rica

Si bien Costa Rica tiene un Código específico de normas sustantivas del ramo de familia, no tiene un código específico de procedimientos en este ramo. Existe una ley especial para el procedimiento de alimentos, pero, al igual que en Guatemala, en todo lo demás se rige por el Código Procesal Civil.

El Código de Familia es la Ley 5476 de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, que aunque tampoco reconoce expresamente la discrecionalidad de los jueces y juezas de este ramo, en sus normas sustantivas sí la recoge tácitamente.



Por ejemplo, el artículo 56, relativo al divorcio, regula que al declararlo, el tribunal tomando en cuenta el interés de los hijos menores de edad y las aptitudes físicas y morales de los padres, determinara a cuál de ellos confiará la guarda, crianza y educación de aquéllos. Que el tribunal adoptará, además, las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos.

En cuanto a la patria potestad, la ley analizada en el artículo 151 regula que en caso de conflicto entre los padres en su ejercicio, a petición de cualquiera de ellos, el tribunal decidirá oportunamente, aun sin las formalidades del proceso, y sin necesidad de que las partes acudan con un profesional de derecho y que el tribunal deberá resolver tomando en cuenta el interés del menor de edad.

Respecto al derecho de alimentos, dicha ley regula en el artículo 168 que mientras se tramita la demanda alimentaria, comprobado el parentesco, el juez podrá fijar una cuota provisional a cualquiera de las personas indicadas en el artículo siguiente, guardando el orden preferente allí establecido; y que esta cuota se fijará prudencialmente en una suma capaz de llenar de momento, las necesidades básicas de los alimentarios y subsistirá mientras no fuere variada en sentencia.



2.7.3 El caso de El Salvador

La República de El Salvador cuenta con legislación específica, sustantiva y procesal, para la rama de familia. La primera es el Código de Familia, decreto 677 de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. Esta ley reconoce, aunque en forma bastante limitada, tácitamente las facultades discrecionales del juez o jueza de familia, como se puede observar, por ejemplo, en el artículo 209 que regula lo relativo al desacuerdo de los padres en el ejercicio de la autoridad parental, pues dispone que cualquiera de ellos podrá acudir al *juez*, quien procurará avenirles, y si esto no fuere posible, resolverá sin formación de juicio lo que más convenga al interés del hijo. Es decir, que resuelve de plano sin necesidad de que se entable *litis* alguna, de manera formal, entre los padres.

El artículo 217 que regula lo relativo a los acuerdos sobre el cuidado personal del hijo o hijos, establece que de no mediar acuerdo entre los padres o ser este atentatorio al interés del hijo, el juez confiará su cuidado personal al padre o madre que mejor garantice su bienestar, tomando en cuenta su edad y las circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica que concurran en cada caso. Se oirá al hijo si fuere mayor de doce años y, en todo caso, al Procurador General de la República, quien fundamentará su opinión en estudios técnicos.



Sin embargo, la ley procesal de familia que es el decreto 133 de la Asamblea Legislativa de dicho país, vigente desde el primero de octubre de 1994, limita bastante la actuación del juez o jueza dentro del proceso, pues en el artículo 3 que contiene los principios procesales, no regula nada sobre la prueba de oficio, sobre el deber del juez de protección de la parte más débil, ni el otorgamiento de oficio de medidas antes o durante el proceso. Por el contrario, instituye la igualdad entre las partes como garantía del proceso, invisibilizando de esta forma la desigualdad histórica que existe en las relaciones familiares y negando, en consecuencia, la tutelaridad de la rama de familia.

2.8 La ponderación, la argumentación y la motivación como medios de control de la discrecionalidad

En las decisiones del juez de familia, tomadas dentro de sus facultades discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran transcendencia el proceso lógico que conduce a su decisión.

El artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia constituye el principio rector de aplicación e interpretación de las normas del Derecho de Familia, el cual encuentra su complemento en el artículo 16 de la misma ley, por cuya virtud debe atenderse al hecho de que las normas del Código Procesal Civil y Mercantil se aplican siempre y cuando no contradigan los principios del Derecho de Familia.



El término “ponderación” proviene del latín *ponderatio* que significa “peso”, que remite a la función del juez cuando pesa o sopesa los principios que concurren al caso concreto, a fin de resolver con justicia la controversia suscitada.⁵⁴

Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, la palabra “argumentar”, proviene del latín *argumentāre*, que significa sacar en claro, descubrir, probar, aducir, alegar, poner argumentos. Disputar, discutir, impugnar una opinión ajena. La palabra “argumentación”, del latín *argumentatio*, es la acción de argumentar, dar argumentos para convencer.⁵⁵

Sergio Estrada-Vélez indica que la ponderación se puede describir, en términos generales, como un procedimiento dirigido a determinar, en caso de conflicto entre principios o entre derechos fundamentales, y dadas unas circunstancias específicas, el mayor peso de un principio frente a otro, esto es, las condiciones de precedencia que permiten hablar de la mayor jerarquía dinámica (en el sentido de que es solo un estudio a partir de casos o problemas jurídicos concretos) de un principio sobre otro.⁵⁶

⁵⁴ *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*. Op. Cit., versión electrónica sin número de página.

⁵⁵ Ídem y <https://es.glosbe.com/la/es/argumentatio>

⁵⁶ S. Estrada-Vélez. *La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad*. versión electrónica, pág. 83



Según dicho autor, se considera como un mecanismo a través del cual se concreta la proporcionalidad o el grado de afectación legítima de un derecho fundamental cuando entra en conflicto con otro principio o derecho fundamental.

Continúa indicando que este medio de concreción o demostración de la razonabilidad de una interpretación y de confrontación entre medios y fines, se desarrolla a través de tres pasos:

- a) Adecuación: busca definir todos los medios que resulten aptos o idóneos para la promoción o protección del derecho;
- b) Necesidad: busca definir, entre los medios adecuados, el que mejor proteja el fin que se busca promover;
- c) Proporcionalidad en sentido estricto: busca determinar que ese medio necesario guarde coherencia con el ordenamiento jurídico.⁵⁷

La ponderación, con auxilio de la argumentación, presta importante ayuda a la disminución o limitación de la discrecionalidad judicial.

Estrada-Vélez agrega que es fundamental para el desarrollo de la ponderación tener presentes dos aspectos básicos de naturaleza teleológica y pragmática. De

⁵⁷ *Ibídem*, pág. 93.



acuerdo con el primero, se debe procurar porque la lista de fines que se busca promover o proteger sea lo más completa posible, esto es, la no incorporación de todos los fines generalmente afecta el resultado de la ponderación y disfraza la voluntad del ponderador.

El segundo, el órgano encargado de la ponderación debe igualmente enunciar todos los medios jurídicos y fácticos que se estimen posibles, pues al igual que respecto de los fines, la omisión de uno de esos medios representa un desequilibrio en el desarrollo de la ponderación y, en especial, en el juicio de ponderación estricto. Cuando la fijación de los fines no es completa o se fija aleatoriamente, se altera sustancialmente el resultado de la ponderación.⁵⁸

La argumentación, por su parte, es una herramienta fundamental para el ejercicio de controles a la actividad judicial. Es la exigencia de exteriorización de los motivos de la decisión que facilitará un control por parte de su destinatario, a través de los recursos establecidos en el ordenamiento.

Como se advirtió, en la ponderación se trata de determinar las razones suficientes para fijar el mayor peso de un principio sobre otro. Por medio de la argumentación jurídica, se fijan esas razones suficientes, en la cual deben confluir varias

⁵⁸ *Íbidem*, pág. 103.



perspectivas del Derecho: estructural, funcional y valorativa.⁵⁹ Motivar, es dar a conocer y explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo. La argumentación debe convencer. La motivación, justifica.

En el ámbito judicial, los jueces y juezas tienen como función fundamental del quehacer jurisdiccional, tomar decisiones que resuelvan las controversias traídas a su conocimiento. El juez, cuando toma su decisión, debe echar los cimientos sobre los cuales construirá el acto jurisdiccional. Sus decisiones, para ser inamovibles, deben fundamentarse en una base jurídica correcta, específica y pertinente al asunto. Sobre esta, analizará el caso concreto, explicando y justificando, basado en razones de principios, cuando se trata de un acto discrecional, los motivos de su decisión.

Explicará las razones que lo impulsan a sostener o desechar los argumentos de las partes, discurrirá los motivos que le conducen a sus conclusiones, y los que le han impulsado a resolver de la forma en que lo hizo, ponderando de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia, los derechos fundamentales en conflicto y explicando por qué, a su juicio, prevalece uno sobre otro, bajo argumentos que demuestren a las partes la legalidad, la lógica y la justicia de su decisión. Y en este sentido, la argumentación y la motivación son un medio de control del poder público de los jueces.

⁵⁹ *Ibíd*em, pág. 107



En cuanto al deber de motivación, aunque la Constitución Política de la República no lo reconoce expresamente, como sí sucede en otras Constituciones –la de España y Colombia, por ejemplo- su exigencia deriva del derecho a una tutela judicial efectiva. En el Derecho de Familia, se aplica el artículo 147 de la Ley del Organismo Judicial el cual brinda las directrices para la redacción de las sentencias, en el que el deber de motivación está contenido en la literal d), al indicar que la sentencia deberá contener las consideraciones de derecho que harán mérito del valor de las pruebas rendidas y de cuáles de los hechos sujetos a discusión se estiman probados; se expondrán, asimismo, las doctrinas fundamentales de derecho y principios que sean aplicables al caso; y se analizarán las leyes en que se apoyen los razonamientos en que descansa la sentencia.

Por último, las Normas de Comportamiento Ético del Organismo Judicial también regulan el deber de motivación al preceptuar en el artículo 4, respecto a la justicia como valor fundamental de observancia obligatoria, que el personal del Organismo Judicial debe: “... d) Impartir justicia, resolviendo con estricto apego y cumplimiento al ordenamiento jurídico y garantizar que sus decisiones sean justas y sustentadas en derecho;... i) Expresar de manera comprensible, ordenada, clara y precisa, las razones de derecho válidas y aptas para justificar la decisión judicial; sin recurrir a tecnicismos innecesarios...”.





CAPÍTULO III

3. Límites y alcances de la discrecionalidad del juez o jueza de familia en Guatemala

En este capítulo, corresponde analizar cuáles son los límites y alcances de la discrecionalidad del juez o jueza de familia en Guatemala y a ello nos referiremos a continuación:

3.1. Límites

3.1.1. La finalidad

De lo indicado respecto a las diferencias entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, encontramos con total claridad en esta parte y por disposición de la ley, el primer límite, de carácter teleológico, a la discrecionalidad de los jueces y juezas de familia: la aplicación de la discrecionalidad debe estar siempre dirigida a la consecución de los fines del Derecho de Familia, es decir, a la protección de la parte más débil de las relaciones familiares, antes o durante la tramitación del proceso. Si el acto discrecional no está dirigido a la consecución de este fin, no podrá considerarse discrecional, sino arbitrario.

Es decir, que el juez o jueza, al encontrarse en el momento de tomar una decisión ante un caso difícil, que por la imprecisión con que está regulado por el ordenamiento jurídico presenta ante el juez un abanico de posibilidades entre las



cuales elegir, debe preguntarse cuál de estas conduce a satisfacer la finalidad de la norma.

La Constitución Política de la República establece, en el artículo 47, que el Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia; y que promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos.

Más adelante, en los artículos 51, 52, 53 y 54 establece que el Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos y les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social. Protege, asimismo, la maternidad; a las personas con capacidades especiales, y reconoce y protege la adopción; declarando de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados.

Eduardo Couture expresa que “De la constitución a la ley no debe existir sino un proceso de desenvolvimiento sistemático. No solo la ley procesal debe ser fiel intérprete de los principios de la constitución, sino que su régimen del proceso, y en especial el de la acción, la defensa y la sentencia, solo pueden ser instituidos



por ella misma”.⁶⁰ Es decir, la función tuitiva del Estado en los asuntos que atañen al Derecho de Familia, es de rango constitucional y es a la consecución de esa finalidad a la que debe orientarse la decisión del juez o jueza.

Frecuentemente, sucede en el ramo de familia que a la dificultad del caso se suman dos o más derechos fundamentales que entran en conflicto, por lo que es preciso resolver con base en argumentos basados en principios. Ya que, en estos casos, el juez o jueza debe plantearse a sí mismo/a cuál es la finalidad de la decisión discrecional que está a punto de tomar, para luego recurrir a la ponderación como herramienta que, por medio de los principios del Derecho de Familia, le conduzcan a la solución justa del asunto. Es necesario recordar que los jueces y juezas deben aplicar no solo las normas de derecho interno, sino que, además, las contenidas en las convenciones internacionales de derechos humanos pertinentes al caso.

Ningún ramo como el de familia –a excepción, quizás, del de niñez- para presentar constantemente desafíos de esta clase, pues las normas son de textura abierta y los conflictos de derechos –de los padres frente a los de los hijos e hijas- son del día a día. Para tornar más difíciles los casos, prolifera en nuestro medio la triste idea, tan arraigada, de que los hijos e hijas son propiedad de los padres y madres, quienes pueden disponer a su antojo del destino de ellos. Pensamiento

⁶⁰ E. Couture. *Estudios, ensayos y lecciones de Derecho Procesal Civil*, pág. 3.



que, justo es decirlo, lentamente está llamado a cambiar, pues es intolerable una sociedad en la que, como la nuestra, existe legislación nacional e internacional de protección para la niñez.

La Constitución de la República incluye tres principios fundamentales para la total eficacia de los derechos humanos: la incorporación a ella de los derechos humanos no explícitos en el texto, en el artículo 44⁶¹; la preeminencia del Derecho Internacional convencional vigente de los derechos humanos sobre el derecho interno, en el artículo 46; y la incorporación vinculante al orden nacional de las reglas y principios del Derecho Internacional general y del Derecho Internacional de los derechos humanos, en el artículo 149. Con fundamento en este último artículo, las normas del *ius cogens*⁶² son plenamente vinculantes en Guatemala.⁶³

Es posible imaginar cuán difícil era para las y los jueces, antes de la ratificación de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño,⁶⁴ y más tarde, de la creación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia⁶⁵, hacer valer

⁶¹ El artículo 44 de la Constitución establece: “Los Derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana...”.

⁶² Ver artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Guatemala aprobó esta Convención por medio del decreto número 55-96 el Congreso de la República, de 26 de junio de 1996 y se adhirió el 21 de julio de 1997.

⁶³ <http://www.ohchr.org.gt/documentos/publicaciones/Tendencias%20jurisprudenciales.pdf>

⁶⁴ Convención que fue aceptada y ratificada por Guatemala el 22 de mayo de 1990, mediante el decreto del Congreso número 27-90, del 10 de mayo 1990. Fecha de depósito: 6 de junio de 1990 – ONU. Fecha de publicación: 25 de febrero de 1991.

⁶⁵ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, decreto 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, publicada el 18 de julio de 2003 en el Diario Oficial.



la prevalencia del interés superior de los niños, sin una norma jurídica que directa y claramente amparara sus resoluciones.

Pues en un conflicto familiar en donde están inmersos derechos de los niños y niñas, no hay duda alguna de que ellos y ellas siempre serán la parte más débil de la relación, a quienes el juez o jueza está llamado a tutelar. Y no solo por mandato de la Ley de Tribunales de Familia, sino también, en virtud de la garantía del interés superior del niño, contenida en las leyes indicadas en el párrafo anterior.

Para poner en relieve la importancia de que la finalidad, como límite de la discrecionalidad, sea observada estrictamente por los jueces y juezas, a guisa de ejemplo se cita el caso documentado en el expediente 249-2008, el mismo obra en el juzgado de Primera Instancia de Familia del departamento de Chimaltenango: una pareja se presentó a modificar un convenio de alimentos que cinco años atrás había celebrado en un juzgado de paz, a favor de su hija de cinco años. La niña había sido reconocida desde su nacimiento por el padre, quien personalmente acudió al Registro Civil a efectuarlo. En la modificación del convenio, el padre se comprometía a aumentar el monto de la pensión alimenticia y ambos padres ampliaban la regulación de la relación familiar entre padre e hija. Paradójicamente (pues el padre evidenciaba interés y responsabilidad hacia su hija), se incluyó un punto en donde el juzgador remitía a las partes a realizar el examen de ácido desoxirribonucleico –ADN- entre el padre y la niña, para que el padre se asegurara



de que era su hija. Consta en el proceso el resultado del examen, que supuestamente fue realizado por voluntad de las partes en un laboratorio privado.

En el examen, cuyo resultado fue negativo, se indicaba que la probabilidad de paternidad entre el padre y la niña, era de cero por ciento.

Observamos que, en primer término, la ley no prevé que el juez o jueza pueda, fuera de juicio y en un convenio voluntario, ordenar la práctica del examen de ácido desoxirribonucleico, ni en su presencia y menos fuera de ella, como en este caso, en el que en apariencia, por tratarse de un convenio, las partes estaban de acuerdo. A simple vista, pareciera que estamos frente a un acto discrecional, pero es menester seguir analizando para descubrir su naturaleza.

El artículo 212 del Código Civil⁶⁶, respecto al reconocimiento voluntario en la paternidad y filiación extramatrimonial, preceptúa que éste no es revocable por el que lo hizo. Ni siquiera si se ha hecho en testamento y este se revoca. Esto responde a la vocación evidente del Código Civil, de brindar certeza jurídica a la paternidad y al estado de hijo/a, para el correcto desarrollo de las relaciones entre padres e hijos/as, y no someter a la descendencia a la perenne incertidumbre de que su filiación pueda ser discutida en cualquier momento de su vida.

⁶⁶ **ARTÍCULO 212.** 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.



Se considera en esta tesis, que la imposibilidad de revocación responde al hecho de que, en el reconocimiento voluntario en la paternidad y filiación extramatrimonial, a diferencia de la matrimonial, no existe presunción alguna de paternidad, ni limitaciones a la impugnación –artículo 201 del Código Civil⁶⁷-, ni plazo para impugnarla –artículo 204 del mismo Código-. Porque es un reconocimiento voluntario, que realiza el padre libre y espontáneamente y sin estar obligado a ello.

El artículo 221 del Código Civil⁶⁸, establece respecto a la prueba de ácido desoxirribonucleico, que deberá ser ordenada por juez competente y deberá además, cumplir los requisitos establecidos en la ley para su admisibilidad.

⁶⁷**ARTÍCULO 201.** 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 tuvo conocimiento de la preñez;

2º. Si estando presente en el acto de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, firmó o consintió que se firmará a su nombre la partida de nacimiento; y

3o. Si por documento público o privado, el hijo hubiere sido reconocido.

⁶⁸ **ARTÍCULO 221.** La paternidad puede ser judicialmente declarada: 1o. Cuando existan cartas, escritos o documentos en que se reconozca; 2o. Cuando el pretensor se halle en posesión notoria de estado de hijo del presunto padre; 3º. En los casos de violación, estupro o raptó, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; y 4º. Cuando el presunto padre haya vivido maridablemente con la madre durante la época de la concepción. 5º. Cuando el resultado de la prueba biológica, del Ácido Desoxirribonucleico -ADN-, determine científicamente la filiación con el presunto padre, madre e hijo. Si el presunto padre se negare a someterse a la práctica de dicha prueba, ordenada por juez competente, su negativa se tendrá como prueba de la paternidad, salvo prueba en contrario. La prueba del Ácido Desoxirribonucleico -ADN-, deberá ser ordenada por juez competente, pudiendo realizarse en cualquier institución de carácter pública o privada, nacional o extranjera especializadas en dicha materia. Este medio de prueba, deberá cumplir con los requisitos establecidos en la ley para su admisibilidad. En juicios de impugnación de paternidad o maternidad, será admisible en iguales condiciones y circunstancias, la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico -ADN-. * Adicionado el numeral 5o por el artículo 2 del Decreto del Congreso Número 39-2008.



Es decir, que para poder demostrar algo, debe incorporarse a un juicio, acuerdo con las solemnidades requeridas por la ley para la aportación de los medios de prueba, no como un documento, sino como un medio científico de prueba, debido a la enorme importancia de que la extracción de las muestras se lleve a cabo en presencia del juez o jueza, para dar fe de su autenticidad, quien además puede y debe asegurarse que sea realizada por un laboratorio cuyo profesionalismo y seriedad, den garantía de la fiabilidad del resultado.

Por último, el artículo 12, de la Ley de Tribunales de Familia, establece que los jueces de familia tienen facultades discrecionales y deberán procurar la protección de la parte más débil de la relación.

En el caso analizado, el juez se excedió al ordenar la práctica del ADN dentro de un convenio, pues no se trataba de un juicio ordinario de paternidad y filiación a fin de que pudiera incorporarse como medio de prueba, ni estuvo presente en la extracción de las muestras, ya que las partes aparentemente acudieron por su cuenta a un laboratorio. Lo cual, al final, no es lo más grave del asunto.

Tampoco serviría de nada el resultado de la prueba, especialmente si era negativo, si la ley no permite la revocación del reconocimiento voluntario. Es decir, ningún beneficio comportaba acceder judicialmente al interés del padre de



aclararse la duda sobre la paternidad –que a los fines del Derecho, tampoco se aclaró, pues el juez no estuvo presente en la extracción de las muestras-.

Lo grave es, que en ninguna parte se encuentra la finalidad principal del acto discrecional del juez, es decir, ¿de qué forma procuró la protección de la niña, en este caso? Si al fin de cuentas, fuera cual fuera el resultado, el padre no podría impugnar la paternidad. Más bien, logró el efecto contrario, resultó lesivo para los intereses de la parte a quien estaba llamado a proteger, al crear un estado interno negativo en el ánimo de un padre, que antes de ello, demostró interés y deseos de relacionarse más con su hija. Pues al fin de cuentas, la paternidad no existe solo entre quienes tienen entre sí un vínculo biológico. Por lo que, en este caso, estamos claramente ante un acto arbitrario.

3.1.2 La ley

En cuanto a la oportunidad de la decisión, no siempre será necesario que la persona que juzga haga uso de su facultad discrecional para resolver un problema sometido a su conocimiento, pues bajo dicho argumento el juez o jueza no puede soslayar lo que la ley tiene previsto para solucionarlo.

Es decir, que no puede actuar como legislador inventándose disposiciones o procedimientos amparado bajo el manto de la discrecionalidad, cuando la ley tiene



prevista la solución del problema o los procedimientos específicos para discusión, en su seno, de determinado asunto, puesto que este tipo de actitudes son definitivamente arbitrarias.⁶⁹

Estos casos suceden frecuentemente en las diligencias de violencia intrafamiliar. Por ejemplo, cuando se prorroga una y otra vez la pensión alimenticia fijada provisionalmente como medida de urgencia. Hay casos en los que es totalmente procedente fijar una pensión alimenticia que alivie de inmediato la urgente necesidad de la víctima y/o la de sus hijos e hijas. Pero debe indicársele al interesado, en la resolución que la otorga, que deberá acudir a la vía procesal correspondiente para la determinación de la pensión alimenticia definitiva, para lo cual contará con todo el tiempo por el que le sea otorgada la medida de violencia intrafamiliar (generalmente, seis meses).

Transcurrido ese plazo, no debería prorrogarse esa medida si lo solicitara la parte interesada, porque la ley prevé claramente el procedimiento a través del cual debe discutirse la determinación del derecho de alimentos, y no es por medio de una medida de seguridad.

⁶⁹ Artículo 203 de la Constitución Política de la República, parte conducente: "...Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes..."



Lo mismo sucede en lo referente a la guarda y custodia. En algunos casos, por motivos de urgencia, es procedente suspenderla y otorgársela provisionalmente al padre o madre que la pide, o a algún familiar idóneo. Sin embargo, la guarda y custodia definitiva debe discutirse dentro de un juicio oral de guarda y custodia, que es el procedimiento establecido por la ley para ello por disposición del artículo 8 de la Ley de Tribunales de Familia, en el que el juez o jueza contará con los estudios psicológicos y de trabajo social, y recabará la opinión del niño o niña, para decidir con justicia, garantizando el debido proceso al respetar el derecho de audiencia de la otra parte, pues conocer el asunto en definitiva dentro de un procedimiento distinto, desnaturaliza el proceso de guarda y custodia.

3.2 Alcances

3.2.1. Discrecionalidad sustantiva

Un análisis del Código Civil nos revela que, dentro del conjunto de normas de carácter privado que lo conforman, caracterizadas en su mayoría por su naturaleza dispositiva, es decir, que pueden ser variadas por los particulares por la prevalencia de la autonomía de la voluntad, las normas que regulan lo relativo al Derecho de Familia constituyen, por así decirlo, una isla dentro de la cual la autonomía de la voluntad de los particulares poco puede hacer para variarlas.



Ejemplos de esto, pueden citarse, entre otros, que el Código Civil, al definir matrimonio, preceptúa que es una institución social; en la que los derechos y obligaciones de los cónyuges están determinados por la ley.

El artículo 120 del Código Civil⁷⁰ que establece, dentro del contexto de los regímenes económicos del matrimonio, que son nulas y se tendrán por no puestas, las cláusulas del convenio que contravengan las disposiciones de la ley, o restrinjan derechos y obligaciones de los cónyuges entre sí o con respecto a los hijos. Dentro del contexto indicado, son varias las normas que, no obstante el régimen económico adoptado, privilegian el cumplimiento de los deberes conyugales y paternales, por sobre el derecho de propiedad.

El artículo 154⁷¹, que sujeta la posibilidad de pedir la separación o el divorcio por mutuo acuerdo, a que haya transcurrido un plazo mayor a un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio. Lo son también los plazos perentorios a que está sujeto el ejercicio del derecho de acción respecto a algunos asuntos, como la solicitud del divorcio ordinario o la impugnación de la paternidad.

⁷⁰ **ARTÍCULO 120.** Son nulas y se tendrán por no puestas, las cláusulas del convenio que contravengan las disposiciones de la ley, o restrinjan derechos y obligaciones de los cónyuges entre sí o con respecto a los hijos.

ARTÍCULO 154. La separación de personas, así como el divorcio, podrán declararse: 1o. Por mutuo acuerdo de los cónyuges; y 2°. Por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada. La separación o divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio.⁷¹



Disposición similar se encuentra en el artículo 167⁷², que respecto al divorcio establece que cualesquiera que sean las estipulaciones del convenio o de la decisión judicial, el padre y la madre quedan sujetos, en todo caso, a las obligaciones que tienen para con sus hijos; conservan el derecho de relacionarse con ellos y la obligación de vigilar su educación. Lo cual pone en relieve que la patria potestad, más que un conjunto de derechos, es un conjunto de deberes de los padres en función del bienestar de sus hijos e hijas.

El derecho de alimentos es también otro ejemplo, pues es indispensable, irrenunciable e inembargable por disposición de la ley.

Y no solo la limitación a la autonomía de la voluntad, a la que se acaba de hacer referencia, caracteriza al conjunto de normas jurídicas que regulan el Derecho de Familia en el Código Civil; también lo caracteriza la relevante función y protagonismo del juez o jueza, a quien se le permite un amplio margen de actuación con la flexibilidad necesaria, para que satisfaga la función tuitiva de la norma con respecto a la parte más débil de la relación y especialmente de los niños, siempre dentro de los límites y alcances cuyo análisis se realiza en este trabajo.

⁷²**ARTÍCULO 167.** Cualesquiera que sean las estipulaciones del convenio o de la decisión judicial, el padre y la madre quedan sujetos, en todo caso, a las obligaciones que tienen para con sus hijos y conservan el derecho de relacionarse con ellos y la obligación de vigilar su educación.



La discrecionalidad del juez de familia alcanza aspectos contenidos en las normas de naturaleza sustantiva, razón por la cual le llamaremos discrecionalidad sustantiva, para diferenciarla de la regulada en las normas de naturaleza procesal, lo cual no obsta a que aquélla se positivice, en la práctica, por medio de los procedimientos legales respectivos.

Dentro de ellas, encontramos lo relativo a la representación conyugal. El artículo 109 del Código Civil⁷³, establece que esta corresponde en igual forma a ambos cónyuges, pero que en caso de divergencia, el juez de familia decidirá a quién le corresponde.

Lo cual desarrolla más adelante, en el artículo 115 que preceptúa que en caso de divergencia entre los cónyuges en cuanto al ejercicio de la representación conyugal, el juez de familia, considerando la conducta de cada uno de los integrantes de la pareja –obviamente por medio de juicios valorativos-, tanto fuera como dentro del hogar, designará a cuál de ellos conferirá la representación, indicando el tiempo por el que se le confiere y las condiciones que debe cumplir el otro cónyuge para recuperar la posibilidad de ejercerla nuevamente.

⁷³ **ARTÍCULO 109.** La representación conyugal corresponde en igual forma a ambos cónyuges, quienes tendrán autoridad y consideraciones iguales en el hogar, de común acuerdo fijarán el lugar de su residencia y arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la economía familiar. En caso de divergencia entre los cónyuges, el juez de Familia decidirá a quién le corresponde. * Reformado por el artículo 1 del Decreto del Congreso Número 80-98



Nótese que el artículo 115 conserva el acápite “**Representación de la mujer**” debido a que ambos artículos citados fueron reformados por medio del decreto 8098 del Congreso de la República, gracias a los esfuerzos de los grupos pioneros de mujeres en su lucha por la igualdad de la mujer guatemalteca, quienes libraron una cruenta batalla legal, nacional e internacional, para poner en práctica la Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer en Guatemala –*Convention of the Elimination of All Forms of Discrimination Against Woman* o CEDAW por sus siglas en inglés-.⁷⁴

Más adelante, en los artículos 131 y 132, el Código Civil regula lo relativo a la administración del patrimonio conyugal en los regímenes de comunidad absoluta y de comunidad de gananciales, estableciendo que ambos cónyuges administrarán el patrimonio conyugal, ya sea en forma conjunta o separadamente. Pero que cualquiera de ellos puede oponerse a que el otro realice actos que redunden o puedan redundar en perjuicio del patrimonio conyugal. Para lo cual pueden pedir al juez que haga cesar la administración del otro cónyuge, así como que modifique el régimen económico del matrimonio por el de separación de bienes, cuando incurra en negligencia, incapacidad o imprudencia en la administración del patrimonio. Como vemos, este es otro alcance de la discrecionalidad del juez de familia, contenido en la ley sustantiva.

⁷⁴ Convención que fue aceptada y ratificada por Guatemala el 8 de julio de 1982 mediante el decreto ley 49-82 del 29 de junio de 1982, depositado el 12 de agosto de 1982 y publicado el 6 de septiembre del mismo año.



La discrecionalidad del juez de familia, es plausible especialmente en lo que se refiere al divorcio. El artículo 162 del Código Civil preceptúa que desde el momento en que sea presentada la solicitud de separación o de divorcio, la mujer y los hijos quedarán bajo la protección de la autoridad para seguridad de sus personas y de sus bienes, y se dictarán las medidas urgentes que sean necesarias. Lo cual significa que en la resolución que da trámite a la solicitud de divorcio, el juez o jueza debe dictar todas aquéllas medidas tendientes a protegerlos. La ley no indica cuáles medidas, es el juez quien discrecionalmente y atendidas las circunstancias de cada caso, decidirá las más idóneas.

Incluso, puede y debe determinar provisionalmente en poder de quién de los cónyuges quedarán los niños y/o las niñas para su cuidado, hasta que se resuelva en definitiva, a no ser que causas graves obliguen a confiarlos a un tutor provisional. Grande es, como vemos, el alcance del poder discrecional del juez de familia y por consiguiente, la responsabilidad que trae inmersa.

La discrecionalidad del juez de familia en Guatemala, está contenida en la ley sustantiva también, y especialmente, en lo relativo a la calificación de la garantía ofrecida por el obligado u obligada, para respaldar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación de los hijos e hijas.



Por disposición de los artículos 163, 164 y 165 del Código Civil, analizados en su conjunto, el juez debe calificar la garantía, **bajo su responsabilidad –del juez–**, quien si a su juicio considera que es insuficiente, debe ordenar su ampliación, de manera que lo estipulado asegure satisfactoriamente las obligaciones de los cónyuges. Pues el artículo 165, que es una norma imperativa, manda que tanto en el caso del divorcio voluntario, como en el ordinario, no pueden declararse la separación o el divorcio mientras no estén suficientemente garantizadas la alimentación y educación de los hijos.

Lamentablemente, este delicado deber de los jueces no se cumple con la responsabilidad debida, pues se aceptan como garantías constancias laborales o de ingresos, extendidas por peritos contadores, de dudosa veracidad, sin atender a que los cónyuges tienen, antes que el derecho a ser libres, el deber para con sus hijos e hijas, el cual debe tutelarse por mandato legal. En todo caso, lo aconsejable es aceptar por lo menos garantías fiduciarias, siempre y cuando se verifique que sea solidaria –para excluir el beneficio de excusión- y el fiador propuesto sea idóneo.

Siempre en el contexto del divorcio, la discrecionalidad del juez también se hace manifiesta, en lo relativo a la guarda y custodia de los niños y niñas. Pues aunque por disposición del artículo 166 del Código Civil, los padres pueden convenir a



quién de ellos se confían, el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los niños y niñas.

Pudiendo ordenar, para resolver con más sustento, la práctica de estudios socioeconómicos o evaluaciones psicológicas por parte del equipo multidisciplinario adscrito al juzgado, o de cualquier organismo especializado en la protección de niños –como, por ejemplo, un estudio realizado por la Procuraduría General de la Nación, sección Niñez-, a fin de procurar al máximo la protección de la niñez y cumplir la finalidad tutelar de su actuación discrecional.

En todo caso, debe cuidar de que los padres puedan comunicarse libremente con sus hijos, siempre y cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, no sea contrario al interés superior de los niños/as.⁷⁵

En cuanto al derecho de alimentos, el juez de familia hace uso de su poder discrecional al determinar, con base en las circunstancias personales y pecuniarias de las partes, el monto de la pensión alimenticia.

⁷⁵ Artículo 9 de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño: “...3. Los Estados Partes respetarán el Derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño...”. regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.



En lo relativo a las relaciones familiares, la discrecionalidad del juez se hace patente en la determinación de si la relación solicitada es o no contraria al interés superior del niño o niña; y en caso de no serlo, en cuál será la forma más prudente de desarrollarla, pues para llegar a esas conclusiones debe valerse no solo de los resultados de las evaluaciones socioeconómicas y psicológicas realizadas por el equipo multidisciplinario, sino también de la opinión de los niños, de su leal saber y entender –del juez o jueza-, de su experiencia y sabiduría, que en estos casos brindan las mejores herramientas para resolver tomando en consideración los sentimientos necesaria e insoslayablemente inmersos en la controversia.

De lo expuesto anteriormente, podemos inferir que las normas jurídicas que encierran la discrecionalidad sustantiva de los jueces de familia, se caracterizan por ser tipos abiertos, cuyos asuntos deben solucionarse por medio de argumentos de principios, las más de las veces, por lo que constituyen casos difíciles para cuya solución, y para no perderse en afanes innecesarios, el juez debe guiarse por el norte que constituye siempre satisfacer la finalidad tuitiva de la norma.

3.2.2 Discrecionalidad procesal: análisis del artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia

Al advertir la existencia de la discrecionalidad del juez en las normas del Derecho de Familia de carácter sustantivo, la discrecionalidad procesal fue consagrada en



la Ley de Tribunales de Familia al haber caído sus creadores en la cuenta de que no podría desarrollarse la primera, ni positivizarse los fines del Derecho de Familia, sin una ley procesal dotada de la misma discrecionalidad, como su necesario e imprescindible correlativo.

Ahora bien, veamos el contenido del artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia, el cual dispone: Artículo 12 “Los Tribunales de Familia tienen facultades discrecionales. Deberán procurar que la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida; y para el efecto, dictarán las medidas que consideren pertinentes. Asimismo, están obligados a investigar la verdad en las controversias que se les planteen y a ordenar las diligencias de prueba que estimen necesarias, debiendo inclusive interrogar directamente a las partes sobre los hechos controvertidos, y apreciarán la eficacia de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

De acuerdo con el espíritu de esta ley, cuando el Juez considere necesaria la protección de los derechos de una parte, antes o durante la tramitación de un proceso, puede dictar de oficio o a petición de parte, toda clase de medidas precautorias, las que se ordenarán sin más trámite y sin necesidad de prestar garantía”.



Del análisis del artículo anterior podemos extraer los siguientes elementos importantes:

3.2.2.1 Finalidad de la discrecionalidad

¿Cuál es la finalidad o importancia teleológica de la discrecionalidad? De acuerdo con este artículo: *que la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida, antes o durante la tramitación de un proceso*. Pero, ¿qué circunstancias hacen que a una de las partes de la relación familiar se le pueda considerar más débil que la otra u otras? Primeramente, dentro del término “partes” debemos incluir a los niños y niñas de la relación familiar y seguidamente, considerar sus derechos.

Para calificar cuál de las partes de la relación tiene una posición vulnerable dentro de la misma, debemos atender a las circunstancias de cada una, personales, emocionales y económicas. La minoría de edad, por ejemplo, es una circunstancia que entraña una garantía específica, la del interés superior del niño, contenida en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño y en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, por cuya virtud el interés superior de los niños prevalece ante cualquier otro interés. Lo cual presupone, para el funcionario, la obligación de un deber más alto de cuidado y atención.



Circunstancias tales como las capacidades especiales de algunas personas, sexo y la edad avanzada, también deben considerarse al calificar quién o quiénes podrían constituir la parte más débil de la relación familiar. No solo por razones de sentido común, sino también porque conforman grupos vulnerabilizados para cuya protección existe legislación específica aplicable, de carácter tutelar, tanto de carácter nacional como internacional.

Así es como la Convención Internacional Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷⁶, establece en el artículo 16: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género...”.

Además, respecto a la protección de las mujeres, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belém do Pará»,⁷⁷ contienen normas de carácter

⁷⁶ Adoptada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la ONU, firmada por Guatemala el 30 de marzo de 2007 y ratificada por el Congreso de la República el 30 de septiembre de 2008.

⁷⁷ Convención ratificada el 30 de abril de 2002 a través del decreto ley número 59-2001, del 22 de noviembre de 2001. Fecha de depósito: 9 de mayo de 2002. Fecha de publicación: 17 de septiembre de 2002.



tutelar que buscan corregir las desigualdades de hecho existentes entre hombres y mujeres.

En cuanto a las personas de la tercera edad, el artículo 11 de la Ley de Protección a las Personas de la Tercera Edad, decreto 80-96 del Congreso de la República, establece que las personas ancianas que sean objeto de malos tratos, ofensas, humillaciones o lesiones, tendrán derecho a solicitar protección ante juez competente contra el o los responsables de los mismos, actuaciones a las cuales la autoridad les dará prioridad. Disposición que pone en relieve que las personas ancianas, son también un grupo vulnerable bajo la tutela especial del Estado.

Sin embargo, a excepción de lo que acontece con la niñez, lo anterior no significa que por el solo hecho de corresponder a un grupo vulnerabilizado, una persona constituirá siempre la parte más débil de la relación. Son innumerables y tristes los casos de madres y esposas victimarias de su cónyuge e hijos; y de ancianos maltratadores o abusadores sexuales de menores de edad, por lo que el juez o jueza debe desechar toda idea preconcebida que enturbie el análisis objetivo de los casos. Debiendo abstenerse, además, de resolver a la ligera sin recabar toda la información pertinente que vierta luz sobre los hechos.



Deben atenderse también, las circunstancias económicas de cada parte de un proceso, o caso sometido al conocimiento del juez o jueza: cuál de estas se encuentra en una posición de desventaja y/o vulnerabilidad económica respecto de la otra. Pues una persona está dispuesta a suscribir convenios, a entregar a sus hijos/as o a renunciar a derechos, ante la urgente necesidad económica que la agobia.

Por ello, al recibir en el despacho convenios extrajudiciales para su aprobación, debe tenerse sumo cuidado antes de aprobarlos, llamando a las partes a la presencia del juez en caso de duda, si es preciso, para establecer si en su suscripción no intervinieron presiones de cualquier tipo, entre ellas, las económicas.

El otro aspecto que debe ser tomado en cuenta, es la violación o inminente violación a los derechos humanos elementales de una de las partes en estrecha relación con sus circunstancias personales. Por ejemplo, tener bajo su guarda y custodia a los hijos e hijas, naturalmente en forma legal y no por sustracción; la minoría de edad de una de las partes o de los hijos e hijas; la falta de apoyo familiar a favor de una de las partes que esté sufriendo algún tipo de violencia; el abuso de superioridad física sufrida; la violencia de que sea objeto.



Especialmente respecto de los niños y niñas, el juez o jueza de familia debe atento o atenta a descubrir si uno de los padres tolera, encubre o facilita la violencia ejercida contra los niños y/o niñas, por parte del otro padre o madre, padrastro o madrastra, a fin de tomar las medidas de protección adecuadas y certificar lo procedente al juzgado de niñez y adolescencia, así como a un juzgado del ramo penal.

Finalmente, también debe considerarse el estado emocional de las partes del caso concreto, puesto que en el ramo de familia, quizás más que en cualquier otro ramo, las emociones y sentimientos están inmersos en las controversias, siendo un elemento de tal relevancia que no puede ni debe soslayarse.

Por lo que ante la pregunta ¿Quién o quiénes son la parte más débil en las relaciones familiares? Depende de cada caso en particular, pues existen casos de hombres sometidos a violencia por parte de mujeres que abusan de la tutelaridad de las leyes llamadas a protegerlas; sin embargo, la experiencia nos ha demostrado que generalmente lo son la mujer y los hijos/as; estos últimos siempre lo serán cuando sean menores de edad y su interés superior deberá ser siempre atendido.



La discrecionalidad del juez o jueza de familia, de acuerdo con el artículo analizado, puede extenderse a lo siguiente:

3.2.2.2 Dictar medidas

Nótese que se trata de una norma imperativa, pues indica que el juez DEBERÁ procurar la protección indicada, y DICTARÁ las medidas que considere pertinentes. La discrecionalidad en esta parte aparece con meridiana claridad, puesto que al indicar que el juez o jueza deberá dictar las medidas que considere pertinentes, obviamente deberá hacerlo a su prudente arbitrio, a su leal saber y entender, conforme a la lógica y al sentido común. En cuanto a la clase de medidas, el artículo no es restrictivo, solamente se refiere a medidas, pudiendo ser en consecuencia, medidas de garantía o cautelares, medidas de seguridad de violencia intrafamiliar o las providencias de urgencia *numerus apertus* del artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.2.2.3 Obligatoriedad de investigar la verdad

A diferencia del Derecho Civil, en el que lo que interesa es la verdad formal, en el Derecho de Familia lo que interesa es la verdad material.⁷⁸ La naturaleza de

⁷⁸ **ARTÍCULO 12, Ley de Tribunales de Familia**, parte conducente: “Los Tribunales de Familia tienen facultades discrecionales. Deberán procurar que la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida; y para el efecto, dictarán las medidas que consideren pertinentes. Asimismo, están obligados a investigar la verdad en las controversias que se les planteen y a ordenar las diligencias de prueba



orden público de sus normas así lo exige. En la práctica, algunas juezas y jueces son temerosos de cumplir con esta obligación, por considerar que su imparcialidad pueda ser cuestionada.

Sin embargo, siempre y cuando se tenga presente cuál es su finalidad, debe cumplirse para dictar sentencias justas, especialmente en materia de alimentos pues la información proporcionada por los obligados, con mucha frecuencia es falsa. La labor de las y los trabajadores sociales, juega un papel protagónico en este aspecto.

En los juicios ordinarios de divorcio, a menudo las personas litigantes tratan de sorprender al juez o jueza en lo que respecta a la dirección para notificar a la parte demandada. En estos casos, el juez que tenga sospecha de que esta situación se está dando, puede ordenar a la trabajadora social que investigue si efectivamente la dirección proporcionada es correcta.

3.2.2.4 Ordenar diligencias de prueba

He aquí la muestra más tangible de la naturaleza inquisitiva del proceso de familia. En una época en la que la palabra “inquisitivo” parece un sacrilegio debido a las teorías tan de moda del Derecho Penal, es necesario hacer énfasis en que los términos inquisitivo y acusatorio sirven para diferenciar entre sistemas procesales,

que estimen necesarias, debiendo inclusive interrogar directamente a las partes sobre los hechos controvertidos, y apreciarán la eficacia de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica...”.



constituyendo el principal criterio de diferenciación entre ambos, la mayor o menor intervención del juez dentro del proceso. Mario Aguirre Godoy indica que el sistema inquisitivo se refiere a los procesos en los que el juez puede actuar sin consultar la actividad de las partes, es decir, de oficio.⁷⁹

En el proceso de familia, el sistema es inquisitivo, puesto que debido a los altos y elementales intereses que protege, la investigación de los hechos no puede conformarse con los medios de prueba que aportan las partes quienes incluso no están obligadas a actuar bajo la dirección técnica de un abogado o abogada.

Tal vez si en el proceso penal se comprendiera de una vez por todas que el juez o jueza no debe tener una presencia meramente decorativa y que debería tener la posibilidad de tomar una actitud proactiva dentro del proceso velando por la consecución de la justicia y ordenando diligencias de prueba al órgano investigador ante la demostrada incompetencia de este, veríamos reducir el alto índice de impunidad en nuestro país. Esto, obviamente, es solo una apostilla que no es materia de este trabajo.

⁷⁹ M. Aguirre Godoy. *Derecho Procesal Civil*, pág. 264.



3.2.2.5 Apreciación de los medios de prueba

El juez o jueza de familia debe valorar los medios de prueba por medio del sistema de la sana crítica. Es por esta razón que aunque exista una confesión ficta dentro de un juicio oral de alimentos en la que el demandado fictamente confiesa ganar una alta suma de dinero, si el estudio socioeconómico indica lo contrario, deberá fijarse la pensión de acuerdo con la realidad socioeconómica de las partes, aun y cuando de conformidad con el Código Procesal Civil y Mercantil la declaración de parte y en consecuencia, la confesión ficta, son prueba tasada o legal y constituyen plena prueba.





CAPÍTULO IV

4. Elementos indispensables de la discrecionalidad

4.1 Los atributos del juez o jueza de familia y de los magistrados y magistradas de las salas de la Corte de Apelaciones de Familia

Es una queja constante de los abogados/as el uso indiscriminado de la discrecionalidad por parte de los jueces, juezas y magistrados/as de familia y es entonces que apreciamos la sabiduría contenida en el artículo 5 de la Ley de Tribunales de Familia que establece que los magistrados y jueces de este ramo, deben ser mayores de 35 años y ser de preferencia, jefes de hogar.

Además de los requisitos generales que deberá llenar una persona para optar al cargo de juez o magistrado, regulados en el artículo 207 de la Constitución Política de la República, para serlo específicamente del ramo de familia, la legislación guatemalteca establece requisitos especiales que están contenidos en la Ley de Tribunales de Familia, decreto ley número 206, siendo estos los siguientes: como requisitos obligatorios, tener más de treinta y cinco años y ser abogado colegiado; y como requisito no indispensable, pero deseable, ser jefe de hogar. El artículo 5 de la Ley de Tribunales de Familia, decreto ley número 206 establece: “Los magistrados y jueces de familia deben ser mayores de 35 años, abogados colegiados y, de preferencia, jefes de hogar”.



La redacción poco afortunada del artículo en su parte final, que parece supone que el cargo deberá ser ejercido por varones, encuentra su explicación, según este estudio, en el contexto social dentro del cual fue creada la ley, es decir, en mil novecientos sesenta y cuatro, cuando poco o nada habían influenciado las corrientes feministas en el país. Sin embargo, bajo criterio progresivo, debe realizarse una interpretación de la norma, la que no debe escandalizar a nadie, ya que ha sido vertiginoso, en el lapso de tiempo comprendido entre aquella fecha y la actual, el avance del desarrollo integral de la mujer en Guatemala, quien obviamente, y a la luz del actual panorama social y jurídico del país, se encuentra inmersa en la norma dentro del término de “jefe de familia”.

Este último requisito especial se considera firmemente que debería ser elevado a la categoría de obligatorio, pues nada como la sensibilidad, madurez y sensatez que aparejan la paternidad o maternidad, para dotar a los jueces de herramientas insustituibles que le guiarán en la prudente solución de los casos sometidos a su conocimiento.

4.2. Selección de auxiliares judiciales de la rama de familia

El equipo de trabajo del juez, jueza, magistrada o magistrado de familia, además de los requisitos generales que debe llenar cualquier persona que aspire a laborar en el Organismo Judicial, debe llenar los requisitos de moralidad y méritos reconocidos que indica el artículo 7 de la Ley de Tribunales de Familia.



Efectivamente, el artículo 7 de la Ley de Tribunales de Familia establece: “Los nombramientos serán hechos adoptando para ello el sistema de selección más adecuado, a fin de que los nombrados sean personas de moralidad y méritos reconocidos”.

En esta tesis se considera que de acuerdo a este artículo, la ley exige de los auxiliares judiciales de los juzgados de familia no sólo que llenen los requisitos que debe cumplir cualquier persona que desee trabajar para el Organismo Judicial, sino que además sean personas que demuestren poseer tales cualidades.

Puede ser que el Organismo Judicial no haya creado los mecanismos para hacer cumplir esta disposición por considerar que no sólo los empleados que laboren en los juzgados de familia deben llenar esos requisitos, sino todos los trabajadores del Organismo Judicial, al tenor de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial⁸⁰ que contiene los requisitos de ingreso al

⁸⁰ **ARTICULO 16.** Requisitos de ingreso al régimen de oposición. Toda persona tiene derecho de solicitar su ingreso al régimen de oposición. Para ingresar a la carrera de auxiliar judicial, trabajador administrativo y técnico se requiere estar en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos y además: a) Tener condiciones de salud que le permita ejercitar idóneamente el cargo b) Llenar los requisitos correspondientes al puesto, establecidos en el Manual de Clasificación y Evaluación de Puestos y Salarios c) Ser de reconocida honorabilidad d) Superar las pruebas, exámenes y concursos que establezca esta ley y su reglamento e) Tener la calidad de elegible f) Aprobar el programa de inducción que se establezca g) No haber sido condenado en sentencia ejecutoriada dentro de los diez (10) años anteriores a su nombramiento por cualesquiera de los siguientes delitos: malversación, defraudación, contrabando, falsedad, falsificación,



régimen de oposición en donde en la literal c) exige que el aspirante debe ser o reconocida honorabilidad.

Sin embargo, se considera que no hay contradicción entre ambos artículos, el artículo 16 de la Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial y el 7 de la Ley de Tribunales de Familia, pues la primera es una ley de carácter general aplicable a todas las personas que deseen laborar en cualquiera de los juzgados y tribunales del Organismo Judicial, en tanto que la segunda, es la ley que específicamente regula lo relativo a la organización de estos juzgados con jurisdicción privativa.

4.3. La justicia especializada como política institucional del Organismo Judicial y su incidencia en la aplicación de las facultades discrecionales en el ramo de familia

4.3.1. Definición del término especialización

El *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, define el vocablo

robo, estafa, prevaricato, cohecho, exacciones ilegales, violación de secretos h) Cualquier otro requisito que se establezca en el reglamento de esta ley.



“especialista”, como aquel que “... cultiva o practica una rama determinada de un arte o de una ciencia”.⁸¹

El Derecho, como ciencia social y ante lo complejo de los problemas sociales, exige su diversificación para atender, a través de principios y procedimientos distintos y específicos, cada clase de conflicto.

Por eso, existen leyes procesales y jurisdicción civil, penal, laboral, contencioso administrativo, niñez y adolescencia, en riesgo y en conflicto con la ley penal, familia, etcétera, que contienen sus principios rectores por estar fundamentadas en las doctrinas científicas que las sustentan, por lo que su naturaleza propia está inmersa en el texto. Y basta un acuerdo de la Corte Suprema de Justicia, en el uso de su facultad de organizar los juzgados, para hacerla realmente positiva al crear juzgados con competencia privativa.

La especialización no es un fenómeno desconocido en el Poder Judicial de Guatemala, pues no solo existen juzgados privativos en las diferentes ramas del Derecho, sino que actualmente existen órganos jurisdiccionales especializados en delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer y violencia sexual,

⁸¹ *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Op. Cit.*, versión electrónica sin número de página.



explotación y trata de personas, que han requerido la especialización de los jueces, juezas y auxiliares judiciales por lo específico de la materia.

Es necesario establecer la justicia especializada como política institucional del Organismo Judicial, traducida en la especialización real, no solo nominal, de los funcionarios encargados de la administración de justicia en los diferentes ramos, pero para ello es necesario, entre otras cosas, positivizar la legislación vigente respecto a los requisitos de acceso a las plazas, pues algunos ramos como familia, laboral y niñez los prevén en su ley específica⁸². Asimismo, mantener una formación continua de los jueces en la rama de su preferencia.

Además, la justicia especializada comporta un servicio al usuario de la más alta calidad, que le acerca aún más al ideal de una verdadera justicia. Aunque se considera que es necesario dotarla también de la flexibilidad necesaria que permita a los jueces o juezas que así lo deseen, que lo justifiquen plenamente y que llenen los requisitos que a tal fin se determinarían para no afectar a participantes con mejores cualidades, cambiarse de ramo por la enriquecedora experiencia obtenida en otras materias.

Para tal fin, se estima que no es necesaria la reforma de las leyes ordinarias que regulan a cada rama del Derecho, porque la mayoría de ellas ya contempla dentro

⁸² Artículos 5 y 7 de la Ley de Tribunales de Familia; 289 del Código de Trabajo; 99 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.



de sus normas, en forma directa o indirecta, la especialización o la inclinación por determinada rama como un criterio preferente en la selección de los jueces. Y de no ser así, la Corte Suprema de Justicia, como parte de su potestad de organizar los juzgados, puede hacer realidad dicha política por medio de los acuerdos que emita para ello.

La formación continua de los jueces en la rama de su elección, también debería formar parte de esta política institucional. Actualmente, el Organismo Judicial por medio de la Escuela de Estudios Judiciales, ofrece cursos de formación continua, por lo que ya se está avanzando en parte del camino propuesto.

4.3.2. Alcance del término especialización

En nuestro país, el Organismo Judicial ha creado órganos jurisdiccionales especializados, como acontece actualmente con los juzgados de femicidio y trata de personas; ha separado los ramos en los juzgados mixtos, aunque existe todavía un gran número de ellos con competencias mixtas; ha impartido capacitaciones específicas en los distintos ramos y ha observado hasta cierto punto en qué ramo está especializado un juez, al decidir lo relativo a los traslados.

Esta política institucional en ciernes, que con tanto acierto habían venido aplicando las Cortes Supremas de Justicia anteriores, quiso ser variada por la



Corte Suprema de Justicia actual –que tomó posesión en el año 2014-, sin gracias a los amparos interpuestos por los jueces y juezas afectados, pues intento el traslado entre sí y sin justificación alguna, de jueces con años de experiencia y especialidad en ramos tan disímiles como familia, civil y penal. Aunque las verdaderas razones de los traslados, distaban mucho de ser la optimización de la administración de justicia y el mejoramiento de la prestación del servicio.

Sin embargo, en las convocatorias para llenar plazas vacantes, aunque ser juez o jueza del mismo ramo de la vacante es un criterio de preferencia de los aspirantes, el Organismo Judicial no está obligado a observarlo, por no constituir una política institucional establecida, y se designa en ocasiones a juezas o jueces inexpertos en el ramo de la plaza a llenar, en detrimento de los intereses de los usuarios, quienes dejan de beneficiarse de la especialización, experiencia y conocimientos de un juez que sí llene ese requisito; y de los aspirantes, quienes en teoría tendrían preferencia para ser designados.

En vista de lo anterior, la política institucional de justicia especializada, es una necesidad inaplazable exigida por la complejidad de los asuntos, que requieren para su solución, preparación y conocimientos especiales que solo pueden proceder de una formación específica.



Es necesario hacer énfasis también en el hecho de que esa especialización debe alcanzar las instancias superiores, a fin de que las resoluciones dictadas por juezas o jueces de primera instancia con experiencia, sean revisadas en segunda instancia por magistradas o magistrados con iguales o mayores conocimientos y experiencia, a fin de garantizar una revisión legal y justa.

Por otra parte, cada rama del Derecho tiene sus propios principios que la inspira, en ocasiones tan disímiles entre sí, que el no saber diferenciarlos apropiadamente acarrea consecuencias injustas para los usuarios. A lo que se suman diferentes sistemas de apreciación de la prueba, trámites específicos, terminología jurídica distinta, que tornan muy difícil en ocasiones para los jueces o juezas, como humanos, cambiar abruptamente de enfoque, especialmente cuando se atienden juzgados con competencia en dos o más ramos.

Esta situación no solo presenta dificultades al momento de juzgar en relación a los usuarios, como ya fue indicado, sino también consecuencias para el juez o jueza, pues existe más probabilidad de incurrir en errores humanos que podrían afectar negativamente su desempeño laboral. Lo cual resulta más injusto aún, cuando se cometen al cubrir temporalmente la ausencia de otro juez o jueza, ya que no solo debe atender su juzgado, sino uno o dos juzgados más.



4.3.3. Soportes de la especialización

El mismo ordenamiento jurídico constituye uno de los soportes de la especialización como política institucional, pues algunas leyes, como la Ley de Tribunales de Familia, el Código de Trabajo y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, prevén que quienes aspiren a ser jueces de estos ramos no solo llenen algunos requisitos especiales para llenar las vacantes, sino que tengan especialización específica, ya sea por su experiencia personal (familia) o de otra forma.

A lo anterior, se suma que la Corte Suprema de Justicia ha debido emitir acuerdos específicos que regulan la actuación de algunos órganos jurisdiccionales, justificados por la especialidad de los asuntos que se ventilan en ellos, tal como acontece con los juzgados de niñez y adolescencia, penales y de delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer y violencia sexual, explotación y trata de personas.

Por otra parte, los jueces y juezas reciben capacitaciones continuas por parte del Organismo Judicial, sobre los ramos que ocupan; y muchos también se capacitan externamente, a fin de potenciar al máximo sus conocimientos y destrezas en beneficio de la población. Sin embargo, si esa especialización no es privilegiada por el Organismo Judicial, se desperdician esfuerzos y recursos al no aprovechar aquéllas fortalezas. Además, comporta el beneficio colateral de que trabajar en un



campo de la preferencia y gusto del juzgador, genera un mejor ambiente de trabajo, una mejor convivencia y un mejor servicio a los usuarios.

De la especialización de los jueces y juezas, los usuarios, evidentemente, constituirían los sujetos más beneficiados, pues un juez o jueza con los conocimientos, pero ante todo, con la experiencia en el ramo, tomará una decisión más justa que quien no posea esas cualidades. Es decir, el usuario se beneficia con la prudencia, la sabiduría y los conocimientos que solo la experiencia brinda a los jueces y juezas.

El reconocimiento de las bondades de la justicia especializada, lo ha puesto de manifiesto la Corte Suprema de Justicia por medio de la separación de los ramos en algunos juzgados mixtos; en considerar como criterio de preferencia en las convocatorias para llenar plazas vacantes, la pertenencia al mismo ramo de la plaza a cubrir; y en la capacitación continua de los jueces en ramos específicos.

En este orden de ideas, sucede con demasiada frecuencia, que un juez o jueza es trasladado –o trasladada- a un órgano jurisdiccional sobre cuyo ramo no cuenta con la experiencia ni con los conocimientos específicos. Evidentemente, este inconveniente acarreará sus inevitables consecuencias, como una mayor inversión de tiempo en la emisión de las resoluciones, menor calidad de las mismas,



aumento de resoluciones ilegales e injustas, que a su vez se traducen en aumento de las impugnaciones y remedios procesales, que culminan con mayor carga de trabajo, con la consiguiente mora judicial.



CAPÍTULO V

5. Análisis y comentarios sobre experiencias en la práctica judicial y sentencias de la Corte de Constitucionalidad relativas a la discrecionalidad del juez y/o jueza de familia

En este capítulo se hace una reflexión sobre algunas experiencias debidamente documentadas de la autora a lo largo de su carrera judicial, en materia de familia, relativas a la discrecionalidad; y sobre sentencias emblemáticas de la Corte de Constitucionalidad respecto al tema, que intenta poner en relieve la diferencia entre la teoría y lo que realmente sucede en la práctica con atención a la discrecionalidad del juez y jueza en este ramo; y de qué forma se concretiza esta en algunas sentencias de la Corte indicada.

5.1. Violencia intrafamiliar

Por disposición del artículo 4 del decreto 97-96, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, los juzgados de paz remitían a los juzgados de primera instancia de familia las diligencias de violencia intrafamiliar que conocían por razón de horario o distancia. Actualmente, ya no los remiten, en virtud de la circular 1-2010 de la Corte Suprema de Justicia que dispuso que la competencia para tramitar todas las etapas de las diligencias hasta su fenecimiento, corresponde al juzgado que conoció inicialmente la denuncia, independientemente de su grado.



No obstante ello, y por considerar que una circular no puede derogar una ley ordinaria, en el Juzgado de Primera Instancia de Trabajo y Previsión Social y de Familia del departamento de Chimaltenango se continuaron recibiendo dichos expedientes que, a su vez, los jueces de paz de los municipios continuaron enviando.

De ellos, se advirtió que los juzgados de paz –quienes tienen competencia mixta– eran los que más problemas presentaban al momento de hacer positiva la obligación de protección a la parte más débil; y de debida diligencia, contenida en el artículo 7 literal b) de la Convención de Belem do Pará, las cuales debían hacerse efectivas a través de decisiones tomadas en observancia de una ley que taxativamente indicara lo que hubiera de decidirse, o en uso de sus facultades discrecionales, según el caso. Pues en ocasiones, ante denuncias de violencia intrafamiliar, omitieron certificar por el delito de violencia contra la mujer al juzgado del ramo penal correspondiente,⁸³ aun y cuando ello no constituía una decisión discrecional porque la ley sí regula la obligatoriedad de la remisión de la denuncia.

⁸⁴ O, simplemente, se omitió brindar protección, como sucedió en un caso en el que la víctima, el cuatro de enero de dos mil once, denunció en la Policía Nacional Civil de San Andrés Itzapa que su exconviviente la amenazó con matarla si no renunciaba a las pensiones alimenticias atrasadas. La denuncia fue remitida al juzgado de paz del municipio indicado, el dos de febrero de dos mil once –casi un

⁸³ Expedientes 66-2011 y 1377-2011 del registro del juzgado de primera instancia de familia de Chimaltenango, remitidos por los juzgados de paz de los municipios de San Martín Jilotepeque y Parramos, respectivamente.

⁸⁴ Artículo 6 del Reglamento de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar.



mes después- el cual, en lugar de otorgar medidas de seguridad de violencia intrafamiliar, la remitió al Ministerio Público, el que, a su vez, la remitió al juzgado de primera instancia de familia. Este último, la recibió el diez de febrero de dos mil once y hasta entonces se otorgaron las medidas de protección.⁸⁵

En algunos casos de violencia física, se omitió remitir a la víctima al Instituto Nacional de Ciencias Forenses para su evaluación, a fin de procurar no solo que fuera atendida médicamente en aras de una protección integral, sino también para el resguardo de la evidencia física que garantizaría una correcta persecución penal ulterior, la tutela judicial efectiva, y las reparaciones que ella entraña.⁸⁶

El juzgado de primera instancia remitió de vuelta los expedientes en forma inmediata, no porque no pudiera ordenar lo que el juez de paz omitió, sino porque ya se había detectado el problema de que los jueces de paz con mucha frecuencia no certificaban lo conducente para instar la persecución penal, no ordenaban la evaluación de las víctimas por parte del Instituto Nacional de Ciencias Forenses (la ley, en ese entonces, no lo establecía expresamente, por lo que sí constituía una decisión discrecional), o no otorgaban toda la protección que el caso ameritaba ni por un lapso de tiempo más prudente (que también entra dentro de la esfera de la discrecionalidad del juez) omitiendo, por ejemplo, ordenar el decomiso de armas aun y cuando la víctima había sido amenazada con arma de fuego,

⁸⁵ Expediente de violencia intrafamiliar número 170-2011 del registro del juzgado de primera instancia de familia de Chimaltenango.

⁸⁶ Expedientes 1389-2011 y 1375-2011 del registro del juzgado de primera instancia de familia de Chimaltenango, remitidos ambos por el Juzgado de Paz del municipio de San Andrés Itzapa.



conformándose con dar una o dos medidas, y por uno o dos meses solamente. Lo que motivó que en dos ocasiones se les remitiera un oficio recomendándoles no incurrir en dichas omisiones.

A pesar de ello, en algunos juzgados continuó la mala práctica, lo que constituía al final una inobservancia al deber de tutela contenido en el artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia. Es por ello que se optó por hacer ver las omisiones en las resoluciones dictadas por el juzgado de primera instancia, ordenándose la inmediata devolución del expediente, para que los jueces de paz actuaran con mayor diligencia en lo sucesivo, apremiados por el hecho de que quedaba constancia dentro del proceso de los defectos ya indicados.

Estos casos se citan para poner en relieve de que, a pesar de que existen normas jurídicas que mandan al juez a resolver de determinada forma –el artículo 6 del Reglamento de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar preceptúa que si de la denuncia se dedujere la existencia de hechos delictivos, el juzgado respectivo, luego de haber dictado las medidas de seguridad a favor de la víctima, remitirá, bajo su responsabilidad copia de la misma al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal, dentro de veinticuatro horas- lo cual, en consecuencia, constituye una actividad reglada, no discrecional, algunos jueces ignoran los mandatos expresos de la ley; que en los casos indicados sobre la omisión de remitir copia de la denuncia al Ministerio Público, tiene como objeto brindar una tutela judicial efectiva a las víctimas, asegurando la posterior persecución penal.



En el caso del expediente 170-2011 ya comentado, a pesar de que el juez de paz era competente para otorgar la protección por designación expresa de la ley – artículo 6 del decreto 97-96- la remitió al Ministerio Público sin proteger a la víctima, contraviniendo claramente la norma.

Por lo que, menos aún, algunos de ellos cumplían con la obligación de proteger a la parte más débil ante la ausencia de norma que indicara taxativamente qué hacer, como en la escogencia de la medida más idónea y su plazo de vigencia, no obstante que los principios del Derecho de Familia hacen exigible que el juez, usando de sus facultades discrecionales, procure la más amplia protección de la víctima, a través del otorgamiento de las medidas de seguridad idóneas para cada caso.

5.2. Juicios ejecutivos

Con base en la experiencia judicial, se considera necesario mencionar algunos problemas recurrentes observados en algunos juzgados, respecto a los juicios ejecutivos, que por su objeto exigen el compromiso del juzgador con su delicada obligación de tutela de la parte más débil de la relación, que generalmente son los niños y niñas.

Algunos juicios ejecutivos por cobro de pensiones alimenticias atrasadas, en donde más del noventa y cinco por ciento de los acreedores resultaron ser menores de edad –actuando, por supuesto, a través de sus representantes



legales-, fueron certificados al Ministerio Público para la persecución penal por el delito de negación de asistencia económica, una vez hecho el requerimiento de pago, sin que se hubiera dictado la sentencia que pusiera fin al juicio.⁸⁷

Esta situación acarrea como consecuencia, la impunidad de los sindicatos, porque sin un título ejecutivo eficaz –atributo que adquieren a través de la sentencia los títulos ejecutivos que se hacen valer dentro de esas ejecuciones- el juez penal podría beneficiar a los sindicatos con una falta de mérito. Y aun y cuando dictar la sentencia dentro de un juicio ejecutivo no era una decisión discrecional, el deber tutelar del juez que justifica la adopción de una resolución de ese tipo, no fue observado ni siquiera cuando la ley no presentaba ninguna obscuridad o ambigüedad.

5.3. Juicios ordinarios de divorcio

Un problema observado respecto a los juicios ordinarios de divorcio, es que a algunos se les da trámite sin llenar los presupuestos procesales de forma y de fondo para ser admitidos.⁸⁸ En el juzgado de primera instancia de familia de Chimaltenango, se observó que en algunos de ellos, la parte actora no hizo sus peticiones de fondo respecto a los aspectos que de conformidad con los artículos 163 y 165 del Código Civil debían ser resueltos en sentencia.

⁸⁷ Expedientes 8, 40, 78, 109, 130, 160, 170, 171, 179, 196, 262, 261, 266, 277 y 392, todos del año 2008, del juzgado de primera instancia de familia del departamento de Chimaltenango.

⁸⁸ Expedientes 10, 200, 230 y 326, todos del año 2008, del juzgado de primera instancia de familia del departamento de Chimaltenango.



El artículo 165 dispone que si la separación o el divorcio se demandaran por causa determinada, deberá el juez resolver las cuestiones a que se refiere el artículo 163, es decir: a quién quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio; por cuenta de quién de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos, y cuando esta obligación pese sobre ambos cónyuges, en qué proporción contribuirá cada uno de ellos; qué pensión deberá pagar el marido a la mujer si esta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades; y lo relativo a la garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges. Es decir, todos aquellos aspectos que tienden a proteger a los más débiles y a asegurar el cumplimiento de los deberes fundamentales que entrañan el matrimonio, la paternidad y la maternidad.

La ausencia de las peticiones del interesado sobre estos aspectos, impide al juez o jueza resolver congruentemente en sentencia, en caso de acoger la demanda. A menos que resuelva en abierta transgresión al artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia, y a los artículos 164 y 165 del Código Civil, que imponen al juez su función tuitiva –el primero-; los demás, la obligación de calificar la garantía, bajo su responsabilidad –discrecionalmente-, y la prohibición de declarar la separación o el divorcio mientras no estén suficientemente garantizadas la alimentación y educación de los hijos.

En algunos de estos procesos, el juez no obstante lo ya dicho, no solo le dio trámite a las demandas, sino que omitió fijar una pensión alimenticia provisional.



En uno de los expedientes, ⁸⁹ no se fijó pensión alimenticia provisional ni para la demandada, ni para la niña procreada por las partes, aun y cuando el actor –el cónyuge varón- en la relación de hechos, aunque no en las peticiones, solicitó que le fuera fijada determinada cantidad por este concepto.

Aunque la ley no indica taxativamente que deberá fijarse una pensión provisional en la resolución de trámite de los juicios ordinarios de divorcio, es en estos casos en donde entra en juego la facultad discrecional del juez, quien en virtud de su función tutelar, debe fijarla mientras se determina en sentencia la pensión definitiva, pues lógicamente, en el caso de haber alimentistas, es uno de los aspectos que obligatoriamente debe resolver al fallar, en caso de acoger la demanda.

Es por ello, que las demandas deben rechazarse, o exigirse la subsanación de requisitos, previo a su admisión –según sea el estado general de la demanda- cuando adolecen del defecto de no referirse en forma clara y precisa a los aspectos contemplados en el artículo 163 del Código Civil –por remisión del artículo 165 del mismo Código-, ni en el cuerpo, ni en las peticiones de fondo.

⁸⁹ Expediente 326-2008 del juzgado de primera instancia de familia del departamento de Chimaltenango.



5.4. Juicios orales de fijación de pensión alimenticia

El problema más observado respecto a esta clase de procesos, es una abrumadora mora judicial debido al retraso en rendir los estudios socioeconómicos por los o las trabajadoras sociales. Algunos jueces no ordenan que sean rendidos antes de la audiencia. Otros sí lo ordenan, pero el oficial no pasa el oficio a firma al recibir el expediente, o al tener por subsanados los requisitos previos, en su caso. En un proceso del juzgado de familia de Chimaltenango⁹⁰, se ordenó que los estudios socioeconómicos debían constar en el proceso antes de la audiencia, pero el oficio lo firmó el juez después de la audiencia; los estudios se entregaron a los dos meses de celebrado el juicio; la sentencia se dictó a los cinco meses de entregados los estudios, y se notificó cuatro meses después de dictada. En este caso, se advirtió, además, la ausencia de decisiones discrecionales por parte del juzgador. Pues aunque ningún artículo de la ley indica que los estudios socioeconómicos deben constar en el proceso antes de la audiencia de juicio, esta es una medida que el juez debe adoptar como regla de observancia obligatoria por parte de los y las trabajadoras sociales, a fin de garantizar de que se contará con una herramienta indispensable –la investigación socioeconómica-, para dirigir una conciliación justa y ecuánime, o para hacer realidad el principio de celeridad procesal, en el caso de que no haya conciliación y deba dictarse sentencia.

En otro proceso del juzgado ya indicado⁹¹, se observó que la sentencia se dictó

⁹⁰ Expediente 190-2008 del juzgado de primera instancia de familia de Chimaltenango.

⁹¹ Expediente 371-2008 del juzgado de primera instancia de familia de Chimaltenango.



ocho meses más tarde de incorporado el estudio socioeconómico al proceso, cual se practicó después de celebrada la audiencia. Y en otros más,⁹² en la parte resolutive de la sentencia que puso fin a los juicios, el juez resolvió que la pensión alimenticia fijada comenzaría a correr hasta que estuviera firme el fallo, no obstante de que la efectividad de la pensión está vinculada a la pensión provisional, la cual comienza a correr desde que el demandado es notificado de la demanda.

Es conveniente recordar en este punto, lo ya dicho acerca de la teoría hartiana respecto a que cuando la esfera jurídica a controlar es tal que resulta imposible identificar una clase de acciones específicas que uniformemente deban de ser realizadas u omitidas y convertir esas acciones en objeto de una regla simple – aunque el conjunto de circunstancias, si bien muy variado, incluya características familiares de la experiencia común-, los juicios comunes sobre lo que es “razonable” pueden ser utilizados en el Derecho.⁹³

En el Derecho de Familia, resulta imposible que el juez pueda uniformemente deducir de la norma jurídica, a menos que sea clara, una sola acción específica aplicable al caso concreto, por la variedad de circunstancias que lo rodean. Por lo que los juicios comunes sobre lo que es “razonable” correspondería al juez, no al particular –como en el Derecho Administrativo al cual se refería Hart-,⁹⁴ al tomar

⁹² Expedientes 138, 234, 335 y 261 del juzgado de primera instancia de familia de Chimaltenango.

⁹³ Hart, Herbert. Op. Cit., pág. 164

⁹⁴ Ídem.



decisiones dentro de la esfera de sus facultades discrecionales, que le imponen la tarea de valorar las pretensiones sociales que surgen en formas diversas no anticipables y de obtener un razonable equilibrio entre ellas, cuando fuere posible y factible, o de decidir lo más adecuado al *standard*.

Es por ello que, aunque no existe una norma jurídica que indique textualmente desde qué momento comienza a surtir efecto la pensión alimenticia fijada en sentencia, el juicio común sobre lo que es razonable se ha deducido durante muchos años de experiencia judicial, de la lógica que resulta del hecho de que si existe una pensión alimenticia fijada provisionalmente, y si los alimentos son exigibles desde el momento en que los necesita el alimentista, las pensiones alimenticias son cobrables desde la fecha en que el demandado es notificado de la demanda, pues por lo menos para los efectos de certeza y precisión de la sentencia, el punto de partida de aquella necesidad debe computarse desde el momento en que la pretensión de la parte actora –que pone en conocimiento de la autoridad judicial la necesidad de esos alimentos- es notificada al demandado, aunque de hecho, en el caso de los menores de edad, la necesidad de los alimentos comienza desde el momento mismo de su nacimiento; cosa distinta a lo que sucede en el caso de los mayores de edad que conforme a la ley tienen legitimación activa para exigir alimentos, pues su derecho está sujeto a la condición que le impone la característica de complementariedad del derecho de alimentos contenida en el artículo 281 del Código Civil, que dispone que los



alimentos solo se deben en la parte en que los bienes y el trabajo del alimentista no alcancen a satisfacer sus necesidades.

Es decir, que la determinación de cuándo comienza a correr la pensión alimenticia fijada en sentencia, depende de una decisión discrecional del juez o jueza, que no se observa en las sentencias dictadas dentro de los expedientes indicados.

Si a lo anterior se le suman errores inexcusables y la mora judicial, se evidencia no solo la ausencia de decisiones discrecionales dentro de los límites y alcances ya mencionados, sino una transgresión total al deber del juez de tutelar los intereses de la parte más débil de la relación familiar.

Para dotar a la sentencia de claridad y precisión, es menester declarar cobrables las pensiones alimenticias provisionales, y determinarlas claramente en el monto fijado a través de la sentencia como pensión definitiva. Indicando que si el demandado las hubiera hecho efectivas durante el transcurso del proceso, se tendrán por bien hechos los pagos. Sin embargo, en uno de los procesos observados,⁹⁵ el juez no se pronunció sobre las pensiones alimenticias provisionales. Además, sujetó el inicio de la obligación a la fecha en que la sentencia fuera notificada, lo cual sucedió cuatro meses después de dictada.

⁹⁵ Expediente 261-2008 del juzgado de primera instancia de familia de Chimaltenango.



En algunos otros procesos,⁹⁶ el oficio que ordenaba los estudios socioeconómicos a la trabajadora social, fue firmado el mismo día de la audiencia, lo cual obviamente no le permite al juez dictar la sentencia dentro de los tres o cinco días de celebrada aquélla, según el caso, sino por lo menos un mes más tarde, al recibir los estudios.

5.1 Análisis de sentencias de la Corte de Constitucionalidad relativas a la discrecionalidad del juez de familia

Se realizó una búsqueda de fallos de la Corte de Constitucionalidad emitidos dentro de expedientes de apelación de sentencias de amparo relativas a la discrecionalidad del juez de familia, en la Gaceta electrónica de la Corte de Constitucionalidad.⁹⁷

Se utilizó como criterio de búsqueda la frase “discrecionalidad juez de familia”, no como frase exacta, sino con la opción de palabras similares, en las variantes de tipo de antecedente, tipo de acto reclamado y tema, sin limitar la búsqueda a período de tiempo alguno.

⁹⁶ Expedientes 335 y 357, ambos de 2008 del juzgado de primera instancia de familia de Chimaltenango.

⁹⁷ Fuente: <http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/> que contiene los fallos dictados dentro de la República de Guatemala por la Corte de Constitucionalidad.



Solo se encontraron ocho procesos. Dos de estos procesos correspondían a la jurisdicción de niñez y adolescencia. Los restantes seis, sí eran del ramo de familia y se analizan a continuación:

Los casos 4067-10 y 1773-14, resultaron muy interesantes, porque el criterio de la Corte en ambos casos, que son similares, es conteste. Es decir, solo falta un fallo más para que constituya jurisprudencia.

En ambos procesos –uno de ellos, el 1773-14, consecuencia de una resolución dictada por la ponente-, fue la decisión del juez de primera instancia que ordenó la práctica de la prueba de ácido desoxirribonucleico por medio de un auto para mejor fallar, la que motivó la interposición del amparo. El motivo de la inconformidad de los amparistas giró sobre el mismo eje: la prueba de ácido desoxirribonucleico no encaja dentro de ninguno de los supuestos del artículo 197 del Código Procesal Civil y Mercantil. Pues no constituye documento, ni reconocimiento, avalúo o actuación.

En el caso 4067-10, el postulante argumentó que durante el período probatorio, la demandante entre otras pruebas, propuso la genética del ácido desoxirribonucleico (ADN), la cual no pudo ser diligenciada dentro del período probatorio por causas ajenas a las partes. Por lo que concluido el período probatorio, mediante auto para mejor fallar del nueve de agosto de dos mil diez – uno de los dos actos reclamados dentro del expediente, pues dedujo los recursos de nulidad que consideró procedentes-, la autoridad impugnada ordenó la



realización de la prueba del ácido desoxirribonucleico (ADN).

El postulante consideró agravante el acto reclamado ya indicado, porque a su juicio la autoridad impugnada, al resolver de la forma en que lo hizo, violó sus derechos—que enunció en el apartado respectivo— por los siguientes motivos:

a) porque dicha prueba científica no se encuentra incluida entre los supuestos establecidos en el artículo 197 del Código Procesal Civil y Mercantil, por lo que carece de sustento legal; y

b) por pretender diligenciar un medio de prueba -ácido desoxirribonucleico- fuera de la etapa procesal oportuna, es decir, luego de haber concluido el término probatorio de treinta días establecido en el artículo 123 del Código Procesal Civil y Mercantil.

La Corte, en el momento de resolver, consideró que era menester que prevaleciera el interés superior del niño sobre un derecho de índole procesal, como el que por dicha vía se pretendía denunciar. Concluyendo con que, si bien, dicha prueba fue ordenada por la juez de mérito fuera de su etapa procesal oportuna, “...la misma fue dictada en cumplimiento a su facultad discrecional, la cual no puede ser objeto de cuestionamiento por parte de los sujetos procesales, aunque haya sido dictada por solicitud de estos, pues de igual forma si este no lo consideraba pertinente tal petición hubiera sido denegada. Cabe mencionar que, si bien la prueba molecular referida no se encuentra en los supuestos establecidos



en el artículo 197 de la Ley rectora, entiende este Tribunal que la misma debe ser incluida entre los citados en el numeral 1º. de dicha disposición, en virtud de que al quedar dicho resultado plasmado en un documento encaja en dichos supuestos de procedibilidad...”.

Resulta interesante la doctrina de la Corte dentro del caso 1773-2014: “No concurre agravio a las partes en contienda, cuando la decisión que se reclama deviene de una facultad otorgada al juzgador de dictar auto para mejor fallar, la que solo será cuestionable en vía del amparo, si se manifiesta extralimitación en su ejercicio”.

En dicho expediente, el postulante argumentó que en el período probatorio la actora, entre otras pruebas, propuso la prueba del ácido desoxirribonucleico. Que la prueba científica relacionada, no obstante haber sido señalada y notificada al demandado para el seis de junio del año dos mil trece, no fue diligenciada por la incomparecencia de él, quien presentó excusa por inasistencia invocando motivo de enfermedad; sin embargo, esa justificación no fue estimada por el juez, tras el informe rendido por el Instituto Nacional de Ciencias Forenses. Concluido el período probatorio y la posterior tramitación de distintos medios de objeción intentados por el accionante, mediante auto para mejor fallar del veintisiete de enero del año dos mil catorce –acto reclamado-, la autoridad reclamada ordenó la realización de la prueba de ácido desoxirribonucleico bajo el apercibimiento de ley.



El postulante consideró agravante el acto reclamado, antes indicado porque considera que la autoridad impugnada, al resolver de la forma en que lo hizo, violó sus derechos enunciados, por los siguientes motivos:

a) resulta improcedente el diligenciamiento de la prueba de ácido desoxirribonucleico fuera de la etapa procesal oportuna, pues en el estado en el que se encontraban las actuaciones, el período probatorio ya había concluido y no fue solicitada su ampliación;

b) por no encontrarse contenida la prueba relacionada entre los supuestos establecidos en el artículo 197 del Código Procesal Civil y Mercantil, por lo que considera que carece de sustento legal.

La Corte, dentro de este caso, supera los argumentos vertidos en el anteriormente analizado, enriqueciéndolos al ubicar correctamente sus razones en el ámbito del Derecho de Familia, sin tratar de justificarlos desde la rigidez del Derecho Civil al no pretender ubicar a la prueba científica de ácido desoxirribonucleico dentro de ninguno de los supuestos del artículo 197 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Como cuestión preliminar, resaltó que la diligencia para mejor proveer es una facultad discrecional otorgada por el legislador a jueces y tribunales, para efecto de obtener más elementos de convicción cuando, a su juicio, aun con todo lo actuado, le surja la necesidad de tener otros elementos a la vista que le permitan alcanzar una mejor solución judicial del conflicto entre partes.



Indicó que, si bien la facultad de dictar auto para mejor fallar no es ilimitada, pues en su utilización el juez no debe sustituir la carga probatoria que correspondería a las partes, la emisión de una resolución de esta naturaleza solo será cuestionable a través del amparo si se hace manifiesta una extralimitación en las facultades del órgano jurisdiccional. De no advertirse tal situación, su mera emisión no produce agravio a las partes.

Yendo de lo general a lo particular, entra al ámbito del Derecho de Familia, indicando que en esta rama, la discrecionalidad en la procedencia de emitir un auto para mejor fallar, y los límites en las pesquisas que se hagan por ese medio, son aún más amplios que los del juez del orden civil y mercantil, pues a los órganos jurisdiccionales con competencia en el ramo de familia, la ley específica (Ley de Tribunales de Familia, artículo 12) les concede gran amplitud para investigar la verdad en las controversias que ante sus oficios se hubieren llevado, así como ordenar las diligencias de prueba que estimen necesarias. Haciendo, a continuación, referencia al artículo 221, numeral 5° del Código Procesal Civil y Mercantil que regula lo relativo a la prueba biológica, del ácido desoxirribonucleico para determinar científicamente la filiación con el presunto padre, madre e hijo.

Particulariza en el caso concreto, argumentando que en este no resulta cuestionable, con vista de las normas procesales antes mencionadas, la emisión del auto para mejor fallar que tiene como objeto diligenciar la prueba de ácido desoxirribonucleico, más aún si se advierte que esta se intentó tramitar en el



período correspondiente, pero no se llevó a cabo por causas no imputables a quien promueve el juicio ni al órgano jurisdiccional.

Estimó que ese medio de prueba es fundamental para las resultas del proceso, de modo que la autoridad reclamada no podía omitir su práctica para emitir una sentencia justa, pues de ser positivo dicho resultado, incidiría en la declaración judicial de la paternidad pretendida a favor de la menor de edad y, consecuentemente, el reconocimiento de su progenitor y demás derechos que de dicha declaración implican; indicando que de ahí, que es el propio artículo 221, numeral 5º citado, el que también da fundamento a la práctica de esta prueba por vía del auto para mejor fallar, por lo que no resulta valedero el argumento del amparista de que sea improcedente el diligenciamiento de ese medio de convicción, por no encontrarse dentro de los establecidos en los supuestos contenidos en el artículo 197 relacionado.

Concluye argumentando que "... Lo anterior permite a esta Corte concluir que si bien, dicha prueba fue ordenada por el Juez de mérito cuando ya había concluido la etapa procesal oportuna, la misma fue dictada en cumplimiento a su facultad discrecional, sin excederse en ella, y en clara aplicación del interés superior del niño...". Y que la "...irrelevancia de la denuncia de violación de los derechos enunciados por el amparista determina la notoria improcedencia en su solicitud de amparo...". Ponderando, de esta forma –cual es de rigor por disposición de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño-, el interés superior del niño.



En ambos casos, es plausible que las resoluciones no adolecen de arbitrariedad porque fueron dictadas dentro de los límites y alcances de la discrecionalidad del juez de familia: su finalidad era la protección de la parte más débil de la relación, y no rebasó el límite del deber de averiguación de la verdad material que permitiría hacer objetiva dicha protección.

El principio rector que orientó las resoluciones en ambos casos, fue el interés superior del niño, lo cual fue reconocido por la Corte de Constitucionalidad en sus fallos.

Ahora, en cuanto al proceso 199-12, versó sobre la inconformidad del postulante, con que se le aumentara la pensión provisional fijada dentro de un juicio oral de fijación de pensión alimenticia.

La Corte argumentó que "...el derecho de alimentos que se reclama, como ya se indicó, es competencia de los jueces de familia, los que se encuentran revestidos de facultad discrecional y, en ejercicio de tal investidura y atendiendo la celeridad procesal que rige este tipo de procesos en resguardo de la parte más débil de las relaciones familiares que le ha sido encomendada y, que en el presente caso, la representan los tres niños que procreó con la demandante, la ley que rige la materia les ha conferido la facultad de otorgarle al informe socioeconómico el valor probatorio suficiente para establecer la pensión alimenticia provisional o su incremento...".



La redacción no es la más afortunada, siendo erróneo también considerar estudio socioeconómico un medio de prueba porque no es introducido al proceso por ninguna de las partes, sino que es ordenado por el juez o jueza y practicado por las o los trabajadores sociales adscritos al juzgado. Por lo que más bien sirve como orientador al juzgador para la determinación de las circunstancias personales y pecuniarias de las partes.

Sin embargo, se considera que el sentido del fallo es que si la decisión discrecional del juez está razonablemente orientada a resguardar a la parte más débil de las relaciones familiares –los tres niños alimentistas -, no existe agravio alguno que reparar por la vía del amparo.

En cuanto al caso documentado mediante el expediente 2992-11, de su análisis no se advierte que el asunto tenga relación alguna con la discrecionalidad, puesto que giró en torno al mecanismo que debió haber utilizado el postulante para atacar la resolución del juez de primera instancia que rechazó la contestación de la demanda para su trámite, por considerar que no llenaba los requisitos de ley.

La doctrina de la Corte dentro del expediente 166-05, es de suma importancia para este estudio. En este caso, los actos reclamados se originaron dentro de un juicio oral de reducción de pensión alimenticia. La postulante fue la demandada, quien actuó en su nombre y también como representante legal de su menor hijo.



Los actos reclamados consistían en: a) la resolución que mandó al acto obligado a prestar la pensión alimenticia, quien solicitaba la reducción de esta - a subsanar un requisito previo al memorial de demanda; b) la resolución que admitió a trámite la demanda, por haberse subsanado el requisito. La cual, además, ordenó en forma precautoria la reducción del monto de la pensión alimenticia que el demandante se encontraba obligado a pagar en favor de la amparista y su menor hijo; y c) la resolución que declaró sin lugar un recurso de nulidad interpuesto por la demandada contra las resoluciones anteriores.

La postulante consideró agraviantes dichas resoluciones principalmente porque: **a)** no existe en el ordenamiento jurídico vigente, en materia de alimentos, disposición alguna que establezca la figura del “previo” o que posibilite a los jueces de ese ramo a fijar o utilizar dicha figura para subsanar oficiosamente supuestas deficiencias en los planteamientos de acciones de esta naturaleza, pues de conformidad con la ley procesal civil y mercantil, si un memorial de demanda no cumple los requisitos de ley, debe ser rechazado; **b)** no existe fundamento legal alguno que viabilice o posibilite la reducción, aún precautoria, de la pensión alimenticia establecida a favor de determinada persona; **c)** no pueden, ni deben dictarse medias precautorias a favor de la parte demandante, cuando su acción no cumple con los requisitos de forma que establece la ley de la materia.

La Corte, al resolver, dentro de otras consideraciones argumentó que la institución de los alimentos reviste especial importancia en el ordenamiento jurídico, y de esa cuenta, el sistema jurídico guatemalteco determina la tramitación de las cuestiones



relacionadas con dicha materia a través del juicio oral, dada la relativa inmediatez o celeridad de su tramitación.

Indicó que el artículo 212 del Código Procesal Civil y Mercantil determina que la necesidad de pedir alimentos se presume, mientras no se pruebe lo contrario, presunción legal robustecida por lo normado en el artículo 213 del mismo cuerpo legal que determina la posibilidad de dar alimentos en forma provisional, sin perjuicio de la restitución en caso de obtenerse sentencia absolutoria; incluso, establece la posibilidad de fijarse prudencialmente un monto de pensión, aún cuando no se hayan acompañado documentos que justifiquen las posibilidades del demandado.

Argumentó que, según se aprecia, el espíritu de la ley es el de no privar, en la medida de lo posible, de alimentos a la persona que los reclama y a quien, por disposición legal, se presume con necesidad de hacerlo; por ello, la tramitación de cualquier asunto promovido con relación a esta materia debe desarrollarse bajo esa premisa. Y que dicha interpretación armoniza con lo regulado en el artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia, dado que dicha norma dispone que los jueces de la materia tienen facultades discrecionales con el propósito de procurar que la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida, entendida esta como aquélla que requiere o necesita los alimentos.

La Corte consideró que el principio jurídico del debido proceso contenido en el artículo 12 constitucional, no se agota con el solo cumplimiento de las fases que



conforman los procesos, pues es necesario que en cada una de ellas se respeten los derechos que la ley confiere a las partes de acuerdo con el derecho que ejercitan, sino que también implica que toda cuestión litigiosa debe dirimirse conforme las disposiciones normativas aplicables al caso concreto con estricto apego a lo que dispone el artículo 204 de la Constitución y que se viola el debido proceso, si a pesar de haberse observado meticulosamente el procedimiento al dictarse determinado pronunciamiento se infringen principios que le son propios a esta garantía constitucional.

Finalmente, indicó que “...Las facultades discrecionales conferidas por el artículo 12 precitado deben ser encaminadas a proteger el interés supremo de la parte más débil en la relación procesal, la cual en el caso de los alimentos siempre será aquélla que tenga la necesidad de los mismos; adicionalmente, se aprecia que los pronunciamientos y efectos de las resoluciones dictadas dentro del antecedente de la presente acción afectaron al menor Carlos García (**se sustituyó el nombre real**), no obstante que él jamás fue invocado como parte demandada. Por las razones anteriormente consideradas, se concluye que la acción constitucional promovida es procedente, debiendo revocarse la sentencia apelada...”. Por lo que otorgó la protección constitucional instada contra la arbitrariedad en la que incurrió el juez de primera instancia al no dirigir su actuación discrecional, a la finalidad a la que debe responder por mandato legal.

En cuanto a la sentencia dictada dentro del caso 667-12, el acto reclamado constituyó también una resolución dictada por la ponente dentro de un juicio



ordinario de paternidad y filiación, a través de la cual se declaró con lugar una excepción previa de demanda defectuosa interpuesta por el demandado. Pero por considerar que los defectos no hacían meritorio el rechazo de la demanda planteada, se ordenó la subsanación respectiva.

El postulante interpuso recurso de aclaración, fundamentado en que al haberse acogido aquella excepción, la juzgadora omitió rechazar para su trámite la demanda, como correspondía. Dicho recurso se declaró sin lugar, al considerarse que en la resolución reclamada no se omitió resolver ninguno de los puntos que motivaron el planteamiento de la excepción, encontrándose la misma dictada en aplicación de la facultad discrecional que como juez de familia le ha sido conferida a la juzgadora.

El postulante consideró agraviantes los actos anteriores debido a que: **a)** la resolución que acogió la excepción de demanda defectuosa carece de sustento legal, pues sin atender el principio de preclusión procesal, el juez a cargo del asunto ordenó la subsanación de requisitos esenciales a efecto de darle “trámite a la demanda”, cuando la consecuencia de declarar con lugar ese medio de defensa era su rechazo; **b)** al desestimar la ampliación, sin dar respuesta a los argumentos presentados en el escrito de su solicitud, inobservó lo establecido en el artículo 7º del Acuerdo 7-2011 de la Corte Suprema de Justicia -Normas Éticas del Organismo Judicial de la República de Guatemala-, que refiere: “...el Juez no debe limitarse a invocar la legislación aplicable, especialmente en las resoluciones de fondo previo a responder los argumentos y peticiones de las partes, de manera



que la decisión aparezca ante ellas como razonable y adecuadamente fundamentada”.

La Corte de Constitucionalidad al resolver el amparo, consideró pertinente citar como cuestión preliminar, lo establecido en el artículo 109 del Código Procesal Civil y Mercantil, referente al rechazo de oficio de las demandas que no contengan los requisitos establecidos por la ley; el artículo 110 de ese mismo cuerpo normativo, referente al momento en que puede realizarse la ampliación o modificación de la demanda; y que para los procesos de familia es de observancia obligatoria la Ley de Tribunales de Familia, que en su artículo 12 prescribe lo referente a las facultades discrecionales de estos tribunales.

Consideró la Corte de Constitucionalidad que dichas premisas y el análisis respectivo, permiten apreciar que “... si bien conforme a lo dispuesto en artículo 109 precitado, la autoridad reprochada, al conocer de los errores denunciados mediante aquella excepción, debió rechazar la demanda, en los juicios de familia la aplicación de esa premisa legal debe ser limitada, en observancia a las facultades discrecionales que le confiere al juez de familia el artículo 12 de la ley ibid, ello obedece a los derechos que se tutelan en esta clase de procesos. El profesor Mauro Chacón Corado, aborda este tema en su obra “Los conceptos de Acción, Pretensión y Excepción”, tercera edición, y refiere que la excepción de demanda defectuosa “...surge (...) cuando no se cumple con los requisitos formales en la demanda, que exige el Código y el juzgador no se percata de ello, pues los tribunales examinan la demanda y de comprobar que no se llenan las



formalidades prescritas en los artículos 61 y 106 de la Ley Procesal, la rechazo de oficio, con fundamento en el artículo 109, en materia civil. **En asuntos de Familia, por la misma tutela que están obligados a proporcionar los jueces, las demandas no son rechazadas**, sino que son advertidos los requisitos dejados de observar para que sean subsanados, por la parte actora”; de ahí que, en casos como en el presente el juez de familia en cumplimiento a la facultad discrecional que le ha sido otorgada por el legislador deberá resguardar fundamentalmente al más vulnerable del contradictorio, sin que ello conlleve violación a los derechos de defensa y debido proceso de las partes procesales, debiendo aplicar de manera armónica la discrecionalidad de la que se encuentra investido y lo dispuesto en la ley que rige la materia, a fin de observar un debido proceso”.

Consideró la Corte de Constitucionalidad que en el caso *sub judice*, atendiendo a lo anterior, el derecho que se reclama es la paternidad y filiación de un niño, por lo que no pueden invocarse vicios formales, como el que motivó la excepción, para rechazar la demanda, por los principios que rigen el Derecho de Familia y, principalmente, en atención al del interés superior del niño, no siendo dable que por un vicio procedimental se incurra en demoras innecesarias por no cumplir con requisitos que pueden ser subsanables por el juez conforme a su facultad, evitando así el rechazo de una demanda, como se procura. Pues acceder a esa pretensión, iría en detrimento del derecho de un niño o niña a ser reconocido por su progenitor, el que es garantizado por el Estado, conforme lo establece el artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que regula lo



relativo a la “paternidad responsable”, *el cual es acorde al artículo 7 de la Convención Sobre los Derechos del Niño.*

Finalmente, consideró que, siendo un derecho constitucionalmente protegido el poder relacionarse los hijos con sus padres y estos con aquellos, a juicio de la Corte, resulta inaceptable que se pretenda su sumisión por el respeto al derecho de defensa y al debido proceso, porque a criterio del postulante debió de rechazarse aquella demanda a fin de que sus derechos enunciados fueran resguardados. Considerando que consentir tal extremo, incide en la inobservancia que debe regir los procesos de familia, que es tutelar el derecho de la parte más débil, en el caso concreto, del niño por quien se reclama su derecho de tener un padre y relacionarse con este. En consecuencia, denegó la protección constitucional solicitada.

En esta sentencia, la Corte de Constitucionalidad tomó como premisa inicial, dentro de otros artículos, el 12 de la Ley de Tribunales de Familia que regula las facultades discrecionales del juez de este ramo. Cuya finalidad – tutelar el derecho de la parte más débil, en el caso concreto, del niño, protegido además por leyes constitucionales e internacionales en su calidad de sujeto vulnerable- prevalece sobre los derechos de defensa y al debido proceso. Es decir, que una decisión discrecional del juez de familia, debe responder a esa finalidad, y sus alcances pueden ir más allá del rigor característico del Derecho Civil. Porque son ramos distintos, con principios propios que en ocasiones son claramente contradictorios. En aquéllas no pocas ocasiones en las que, como en este caso, el juez o jueza se



encuentre en un dilema entre las formalidades del proceso y el resguardo de los derechos fundamentales, debe preguntarse si la decisión que tomará se encuentra racionalmente enmarcada dentro de los límites y los alcances de la discrecionalidad que le ha sido confiada, teniendo como brújula que lo oriente, la finalidad del acto, y la ley.





CONCLUSIONES

Es posible deducir la naturaleza de la discrecionalidad del juez en el ramo de familia, del análisis de las facultades de este tipo en la Filosofía del Derecho y el Derecho Administrativo, adecuando la naturaleza, elementos y características generales de la discrecionalidad, a las características, fines y principios propios del Derecho de Familia.

En el seno del Derecho de Familia, se alcanza a conciliar las teorías de Dworkin y Hart acerca de la discrecionalidad de los jueces y juezas, en cuanto a que, si bien es cierto, los jueces no tienen discrecionalidad para crear reglas, porque aunque no las haya, hay principios que son aplicables contenidos en aquéllas; también lo es que si los principios son mandatos de optimización, caracterizados porque pueden ser cumplidos en diferente grado, y que la medida de su cumplimiento no solo depende de sus posibilidades reales, sino jurídicas, la valoración de esas posibilidades está por completo abandonada al juez o jueza, quien no puede despojar su decisión del contenido moral y ético que es de la esencia de los asuntos del ramo de familia. Al volverse el juez a los principios, se vuelve a las normas también, porque aquéllos están contemplados en estas. Pero los principios –que no tienen especificidad aún- tampoco le dan la respuesta concreta al asunto, por lo que el juez, a través de aquéllos y de un proceso intelectual, crea una nueva regla –no escrita en la forma de un enunciado normativo- aplicable a cada caso específico, deduciéndola lógicamente de los principios –contenidos en



la ley escrita y preexistente- que, a su vez, constituyen los límites de los cuales no debe excederse.

Por lo cual, la discrecionalidad en el Derecho de Familia se puede definir de la siguiente forma: “Es la facultad que tiene el juez o jueza de familia de obrar de determinada manera, cuando crea oportuno y con arreglo a su leal saber y entender, a fin de tomar la mejor decisión para la mejor satisfacción de las necesidades de la parte más débil de la relación familiar, dentro de los límites de la finalidad de la decisión, y de la ley; hasta los alcances contenidos en las normas que otorgan las facultades discrecionales”. Constituyendo la ponderación, la argumentación y la motivación, medios de control de esta.

La hipótesis planteada fue confirmada, tomando en consideración que del estudio efectuado se evidenció que la finalidad es un límite de carácter teleológico, pues la aplicación de la discrecionalidad debe estar siempre dirigida a la consecución de los fines del Derecho de Familia, contenidos en la Constitución Política de la República y leyes ordinarias, y las convenciones internacionales sobre derechos humanos. Además, respecto a los alcances de la discrecionalidad del juez o jueza de familia en Guatemala, el estudio evidenció la discrecionalidad sustantiva, contenida en las normas que regulan lo relativo al Derecho de Familia en el Código Civil, que en varias de sus normas otorga facultades discrecionales al juez o jueza; así como la discrecionalidad procesal, contenida en el artículo 12 de la



Ley de Tribunales de Familia, que constituye el necesario e imprescindible correlativo de la primera y que regula los aspectos procesales a los que se extienden las facultades discrecionales del juez o jueza de familia. De acuerdo con el análisis realizado en este estudio, la discrecionalidad de los jueces y juezas de familia de Guatemala, está plenamente reconocida en las sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad.





BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS EN VERSIÓN FÍSICA:

Alburez Escobar, César Eduardo. *El Derecho y los Tribunales Privativos de Familia en la Legislación Guatemalteca*, Guatemala: Tipografía Nacional, 1964.

Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Traducido por E. Gómez Orbaneja. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002.

Couture, Eduardo. *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Design, 2011.

Couture, Eduardo. *Estudios, Ensayos y Lecciones de Derecho Procesal Civil*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002.

Cuevas Figueroa, Luz Estela. *Las facultades discrecionales concedidas por la ley a los Tribunales de Familia, sus alcances, limitaciones y arbitrariedades en la práctica tribunalicia guatemalteca*, tesis de graduación. Guatemala: 1984.

De Pina, Rafael. *Diccionario de Derecho*, 7ª. edición, México: Porrúa S.A., 1978.

Godoy, Mario Aguirre. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Guatemala: Centro Editorial Vile, 1996

Gordillo Galindo, Mario Estuardo. *Derecho Procesal Civil Guatemalteco*, Guatemala: Impresos Praxis, 1998.

Hart, Herbert. *El Concepto de Derecho*, Argentina: Abeledo-Perrot, 1968.

Meza Duarte, Eric. *Manual de Derecho Administrativo*, Guatemala: Serviprensa, 2004.

Rocco, Ugo. *Derecho Procesal Civil*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002.

Rodríguez, César. *Dworkin/Ronald, H. L. A. Hart. La decisión judicial; estudio preliminar*, Colombia: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de los Andes, 1997.

Vargas de Ortíz, Ana María. *Tribunales de Familia de Guatemala*, Guatemala: Tipografía Nacional de Guatemala, 1975.



TEXTOS EN VERSIÓN ELECTRÓNICA:

Estrada Vélez, Sergio. *La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad*, México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, página web:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/121/cnt/cnt4.pdf>

Mariehoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, versión electrónica, <http://es.scribd.com/doc/96578994/Tratado-de-Derecho-Administrativo-Miguel-s-Marienhoff-Tomo-i#download>

Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, versión electrónica: <http://www.slideshare.net/BerardoBest/diccionario-de-ciencias-juridicas-politicas-y-sociales-manuel-ossorio>

Ruiz Ruiz, Ramón. *La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho*, versión electrónica:

<http://es.scribd.com/doc/86707851/85409515-Reglas-y-Principios>

Sobrevila, David. *El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy*, versión electrónica:

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-modelo-jurdico-de-reglas-principios-y-procedimientos-de-robert-alexey-0/>

OTROS DOCUMENTOS:

Módulo en versión electrónica del curso de Derecho de Familia para capacitación continua de jueces y personal auxiliar, Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial de Guatemala, 2009.

Módulo en versión electrónica del curso Procesal de Familia, Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial de Guatemala.

Módulo en versión electrónica del curso Aplicación Jurisdiccional de los Procesos de Familia, Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial de Guatemala.

Módulo “Aplicación Jurisdiccional del Proceso de Familia”, Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial, Guatemala, 2009.



PÁGINAS WEB:

http://en.wikipedia.org/wiki/Three_generations_of_human_rights

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/68/dtr/dtr1.pdf>

<http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/index.php/revista/revista-?id=32>

<http://suite101.net/article/la-textura-abierta-en-el-lenguaje-del-Derecho-a25220#.V-u-hojhBdg>

<http://www.ohchr.org.gt/documentos/publicaciones/Tendencias%20jurisprudenciales.pdf>

LEGISLACIÓN:

Constitución Política de la República de Guatemala

Ley de Tribunales de Familia, decreto ley número 206

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

Ley de la Carrera Judicial, decreto 41-99

Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial, decreto 48-99

Código Civil, decreto 106

Decreto 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala

Código de la Familia de Panamá, Ley número 3 del 17 de mayo de 1994 de la Asamblea Legislativa de Panamá

Código de Familia de Costa Rica, Ley número 5476 de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica

Código de Familia, decreto número 677 de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador



CONVENIOS INTERNACIONALES

ACEPTADOS Y RATIFICADOS POR GUATEMALA:

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia
Contra la Mujer.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la
Mujer.

Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño.