

LA CONCRECIÓN DEL INTERÉS (SUPERIOR) DEL MENOR A PARTIR DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: LA ¿IDONEIDAD? DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

THE CONCENTRATION OF THE (SUPERIOR) INTEREST OF THE CHILD UNDER THE INDETERMINED LEGAL CONCEPTS: THE ¿SUITABILITY? OF FAMILY MEDIATION

NURIA BELLOSO MARTÍN
Universidad de Burgos

Recibido: 18/04/2017

Aceptado: 16/06/2017

Resumen: Cada vez es más frecuente que tanto la legislación como los operadores jurídicos y los tribunales recurran a la fórmula del “interés superior del menor” para justificar la adopción de una determinada medida que afecta a los menores. En este trabajo se analizan dos temas: El primero, un análisis, desde la Teoría del Derecho, acerca de los conceptos jurídicos indeterminados y la vaguedad del Derecho prestando especial atención a los tres ámbitos en que se puede presentar la indeterminación (en el ámbito de la legislación, en el de la interpretación y en el de la decisión judicial). A partir de esta base teórica, se inicia el análisis del segundo tema, el de la atribución de significado de un concepto jurídico indeterminado como es el “interés superior del menor”. Para ello, se examinarán tres ámbitos posibles de individualización del significado ajustado a las circunstancias específicas de los tres casos como son el normativo, el jurisprudencial y el doctrinal. Por último, se analizará la virtualidad que ofrecen las técnicas de la mediación familiar en orden a examinar su posible idoneidad con respecto a concretar cuál sea el interés superior del menor en el caso concreto.

Palabras clave: conceptos jurídicos indeterminados, interés superior del menor, vaguedad, seguridad, mediación.

Abstract: *It is becoming increasingly common for both legislation and legal practitioners and courts to use the “best interests of the child” formula to justify the adoption of a particular measure affecting minors. In this paper, two topics are analyzed: the first one, an analysis, from the theory of law, about the indeterminate legal concepts and the vagueness of the law, paying special attention to the three areas in which indetermination can be presented (in the field of the law, in the interpretation and in the judicial decision). From this theoretical basis, the analysis of the second theme begins, that of the attribution of meaning of an indeterminate juridical concept as it is the “best interest of the minor”. To do this, we will examine three possible areas of individualization of meaning tailored to the specific circumstances of each case such as normative, jurisprudential and doctrinal. Finally, the virtuality offered by family mediation techniques will be analyzed in order to examine their possible suitability with regard to specifying what is the best interest of the child in each case.*

Key Works: *Legal uncertainties, superior interest of the child, vagueness, security, mediación.*

Sumario: INTRODUCCIÓN. 1. EL INDETERMINADO CONCEPTO DE LOS “CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS” 1.1. Concepciones sobre la vaguedad del Derecho 1.2. Ventajas e inconvenientes de la vaguedad del Derecho 1.3. Composición de los conceptos jurídicos indeterminados 1.4. Ámbitos de indeterminación y vaguedad 1.4.1. *Indeterminación y vaguedad en el ámbito de la legislación* 1.4.2. *Indeterminación y vaguedad en el ámbito de la interpretación jurídica* 1.4.3. *Indeterminación y vaguedad en el ámbito de la decisión judicial* 2. LA ATRIBUCIÓN DE SIGNIFICADO A UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO: EL “INTERÉS (SUPERIOR) DEL MENOR” 2.1. Concepto de “niño” y de “interés del menor” 2.2. Ámbitos de concreción del contenido de “interés superior del menor” 2.2.1. *Criterios normativos de interpretación del “interés superior del menor”* 2.2.2. *Criterios jurisprudenciales de interpretación del “interés superior del menor”* 3. LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO PROCEDIMIENTO IDÓNEO PARA IDENTIFICAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR 4. REFLEXIONES FINALES

INTRODUCCIÓN

El concepto jurídico indeterminado ofrece un criterio para valorar y adoptar decisiones conforme al mismo, de modo que, aplicándolo a una determinada situación, se llegue a una solución que excluya otras posibles. Estos criterios de valor, por su imprecisión, han de ser configurados en el momento de aplicarlos, según los criterios de la experiencia común. La categorización del interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado permite flexibilidad en cuanto al tema, y cierto margen, por parte de los operadores (jueces, fiscales, administración), para su concreción. Pero a la vez, como señala algún sector de la doctrina, provoca cierta e indeseable inseguridad jurídica, especialmente en un Derecho que, como el español que, a diferencia de otros, carece de criterios normativos preestablecidos para la concreción de este concepto. En nuestro ordenamiento, el tema de cuál sea y en qué consista el “interés superior del menor” ha sido objeto de estudio por parte de diversos especialistas de varias disciplinas. La Psicología y el Derecho (Derecho Civil, Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho) se erigen como las principales orientaciones que permiten indagar en la cuestión de la protección de los menores (niños, infancia). Los medios de comunicación se han hecho eco de diversos casos en los que se debatía cuál podría ser la decisión más justa que debería adoptarse por el bien del menor. Baste recordar el caso de una pareja valenciana que, en septiembre de 2016, en cumplimiento la ejecución provisional de la Sentencia 00088/2016 de la Audiencia provincial de Oviedo¹, tuvo que devolver a su madre biológica a un niño de cua-

¹ M^a.J. Abeng, ovetense de madre guineana y padre alemán residente en Suiza, vivía en un centro de menores cuando a los 14 años se quedó embarazada. Llegó al centro de tutela tras denunciar a su propia madre porque no le dejaba salir por las tardes como acostumbraban a hacer sus amigas adolescentes en la capital asturiana. En cuanto dio a luz, la Consejería de Asuntos Sociales inició un proceso de preadopción del niño con la pareja de Sueca (Valencia). Cuando el menor tenía 18 meses se fue a vivir con ellos, en una acogida preadoptiva y a la espera de que la Justicia ratificara el proceso de adopción iniciado. Sin embargo, la Sección nº4 de la Audiencia Provincial de Oviedo, mediante Sentencia 00088/2016, ha dado finalmente la razón a la madre biológica, reconociendo en sentencia firme que aquélla “no solo está capacitada ahora para ser madre, sino que

tro años que habían acogido en preadopción cuando solo tenía un año y medio. En esos casos, la mirada se vuelve hacia el Derecho preguntándose si la legislación, con la terminología vaga que caracteriza algunos de sus términos, es lo suficientemente coherente², para dar respuestas a estas situaciones y evitar sufrimiento a los menores (y a sus progenitores).

La mayoría de la legislación reguladora de los derechos del menor (Carta Magna, textos internacionales, legislación infraconstitucional) establecen unas fórmulas del tenor “protección del interés superior del menor”, es decir, un concepto vago e impreciso, que obliga a concretar, en cada caso, en qué consista ese interés superior del menor. Este es sólo uno de los numerosos conceptos jurídicos indeterminados³ que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico. La capacidad de previsión del legislador nunca podrá abarcar las particularidades de cada caso concreto. A su vez, estos conceptos constituyen una puerta abierta para que la teoría de la interpretación y la teoría de la decisión judicial obliguen a fijar los contornos de la discrecionalidad judicial. Es decir, su traducción a supuestos específicos dependerá de la decisión del aplicador concreto del Derecho en cada caso, sea la Administración o los tribunales⁴.

siempre lo estuvo”. La Sentencia estima que es necesario el asentimiento en la adopción por parte de la madre biológica, por lo que deja sin efecto el acogimiento familiar preadoptivo del menor. Su letrada sostenía que, evidentemente era una niña cuando se quedó embarazada, pero deberían haberle enseñado a ser una buena madre en lugar de quitarle el hijo. La decisión de entregar al menor ha sido recurrida ante el Tribunal Supremo tanto por la familia como por Fiscalía y la Consejería de Derechos y Servicios Sociales del Principado. Ambos letrados de acogida coinciden en calificar de “aberrante” el sistema de protección de menores que cedió a la pareja valenciana al niño en acogida para una preadopción sabiendo que la madre reclamaba a su hijo. El letrado de la pareja valenciana adoptiva ha sostenido que no se trata de una guerra contra la madre biológica de los padres acogedores y que hay que posicionarse por el *interés del menor*, y su bienestar es estar con los padres acogedores. (Sentencia 00088/2016. Sección nº4 de la Audiencia Provincial de Oviedo. Disponible en: www.laverdad.es/apoyos/documentos/sentencia-menor-valencia.pdf). (Acceso 06.04.2017). La sentencia ha sido recurrida ante el Tribunal Supremo.

² Como bien ha explicado el profesor Pérez Luño, la dimensión sistemática de los derechos humanos va adquiriendo protagonismo, y se observa que los principios básicos del ordenamiento de unidad, pluralismo y coherencia experimentan un desplazamiento hacia nuevas categorías, tales como de la unidad al pluralismo, desde la plenitud a la apertura jurisdiccional y desde la coherencia a la argumentación. (Vid. A.E. PÉREZ LUÑO, *Nuevos retos del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías*, Cuadernos de la Cátedra de democracia y Derechos humanos, nº2, Alcalá de Henares, 2010, pp. 20-29).

³ En relación a la propia indeterminación del término “conceptos jurídicos indeterminados” conviene recordar que el propio TC ha utilizado también las expresiones “concepto abierto” (STC 10/1997, f.j.4º), “concepto normativo relativamente abierto” (STC 16/1994, f.j.3º), “concepto indeterminado” (STC 313/1993, f.j.2º), o incluso mezclando algunos de los anteriores como “concepto indeterminado abierto” (STC 58/1999, f.j.6º), “conceptos normativos indeterminados” (STC 103/2001, f.j.8º) o “preceptos generales indeterminados” (STC 96/2002, f.j.6º). (Vid. D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española. Un avance doctrinal hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística*, Madrid, Dykinson, 2009, p.2).

⁴ En la Constitución española de 1978 aparecen varios conceptos jurídicos indeterminados tales como plazo de tiempo razonable (art.17.4), honor (art.18.1), tutela judicial efectiva (art.24.1),

La complejidad que conlleva concretar en qué consista ese “interés superior del menor” ya ha sido puesta de manifiesto por los diversos especialistas que han trabajado el tema. En este trabajo pretendemos analizar en primer lugar, desde la perspectiva de la teoría del Derecho, si la vaguedad del Derecho y los conceptos jurídicos indeterminados, en posibles ámbitos de aplicación (legislación, interpretación jurídica y decisión judicial) constituyen una ventaja para el Derecho o un inconveniente (afectación de la seguridad jurídica). Una vez establecidas las posibilidades para concretar la indeterminación que conllevan algunos conceptos jurídicos, que obligan a resolver caso por caso, a no ser que se cuenten con criterios jurisprudenciales vinculantes, analizaremos, en segundo lugar, cómo se puede concretar el concepto jurídico indeterminado del “interés (superior) del menor”. Para ello, y a partir de que, por regla general, hay que individualizar y ponderar ese interés superior del menor sobre otros intereses que puedan entrar en conflicto (padres, tutores u otros) se constatará que habrá que tomar en consideración los criterios jurisprudenciales. Con esta finalidad, estudiaremos tanto los criterios normativos de interpretación del “interés superior del menor” como los jurisprudenciales, y ello tanto a nivel de Audiencias Provinciales, como de Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. En tercer y último lugar, brevemente, intentaremos justificar si la mediación familiar se puede configurar como un procedimiento idóneo para identificar el interés superior del menor en algunos tipos de conflictos. Constituye una excelente ocasión para que los mediadores, en su actividad profesional de facilitadores de conflictos en los que haya que llegar a acuerdos que individualicen el interés superior del menor, apliquen la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, así como los criterios normativos y los jurisprudenciales. Esta es un área poco explorada en cuanto a las posibilidades de concretar idóneamente ese interés “superior” del menor, por lo que pretendemos que se reconozcan sus méritos en orden a tal finalidad⁵.

intereses legítimos (art. 24.1), dilaciones indebidas (art.24.2), capacidad económica (art.31.1), medio ambiente (art.45), insuficiencia de recurso para litigar (art.119), justa causa, interdicción de la arbitrariedad (art.9.3), error judicial (art.121), servicios esenciales y servicios esenciales de la comunidad (art. 128.y 28.2, respectivamente). También, en el resto del ordenamiento jurídico aparecen otros conceptos jurídicos indeterminados que, en su mayoría, encuentran apoyo tanto en algunos artículos de la CE como en sentencias, tales como motivación suficiente (art. 24.1 CE), justa causa (art.24.1 CE), intereses legítimos, amistad íntima (STC162/1999), hecho noticiable (art. 20.1.d) CE), cambio sustancial (art. 20.1.d) CE), constitución económica (STC 1/1982, de 28 de enero), circunstancias extraordinarias (art.206 del Reglamento Penitenciario) y otras. Todas ellas son expresiones que se utilizan en nuestro ordenamiento jurídico y por consiguiente, por los tribunales ordinarios, sin que su significado expreso esté sistematizado. Como apunta Ortega Gutiérrez, la mayor parte de las sentencias en las que el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado sobre conceptos jurídicos indeterminados ha sido en los recursos de amparo, siendo su uso excepcional en el control de constitucionalidad y en los conflictos de competencias. (D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española*, cit.).

⁵ La identificación del interés superior del menor en cuanto al uso de la vivienda familiar, cambio de lugar de residencia de los menores, recepción de tratamiento médico por parte de los menores, custodiada sólo a cargo de los progenitores, si son convenientes las visitas con la familia biológica a los menores en acogida, la mediación en el ámbito de sustracción de menores y tantos otros conflictos que afectan a menores y que en la mediación pueden encontrar una gestión idónea para hacer viable el respeto a su interés superior.

1. EL INDETERMINADO CONCEPTO DE LOS “CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS”⁶

Señala Igartua que bajo la expresión de “conceptos indeterminados”⁷ suelen encuadrarse –en ocasiones, indebidamente– fenómenos lingüísticos diversos que conviene diferenciar. Concretamente, se utiliza indistintamente ambigüedad por vaguedad. La ambigüedad es una propiedad de ciertos términos o enunciados y no de los significados (por consiguiente, no de los conceptos). Un término o un enunciado son ambiguos cuando pueden asumir varios significados distintos. No estaríamos ante conceptos indeterminados. En cambio, la vaguedad sí implica indeterminación en los conceptos (los confines de un significado/concepto/ no han sido bien delimitados)⁸. La vaguedad de la que vamos a ocuparnos aquí es la vaguedad lingüística, es decir, no se trata de una imprecisión de cualquier tipo sino de una imprecisión de conceptos y, por consiguiente, de significados. “Un significado es vago cuando no se sabe con exactitud cuál es ese significado. La vaguedad no es un dato de partida sino un resultado al cual se llega”⁹.

Núñez Pacheco aporta una definición amplia del concepto jurídico indeterminado, que reproducimos aquí: “es un término jurídico que, debido a la ductibilidad del derecho, está presente en toda estructura y rama de lo jurídico, y puede adoptar forma de valor o de principio jurídico, de derecho subjetivo, de deber u obligación jurídica, o simplemente estar incluido como una palabra más –sin definir de una manera concreta– en la norma, sea ésta de carácter nacional o internacional y, cuya

⁶ Tomamos como título de este ítem el título de uno de los trabajos del Profesor Igartua Salaverría, porque refleja adecuadamente la primera de las perplejidades que surgen a la hora de analizar esta cuestión: la propia denominación de “conceptos jurídicos indeterminados” constituye, en sí, un concepto indeterminado. (J. IGARTUA SALAVERRÍA, “El indeterminado concepto de los «conceptos indeterminados», en *Revista Vasca de Administración Pública* nº 56,2000, pp.145-162).

⁷ Posiblemente, la primera relación que se pueda hacer, al enfrentarse al tema de los conceptos jurídicos indeterminados, sea con respecto a los actos discrecionales. Sobre las fronteras que separan a los conceptos indeterminados de los actos discrecionales y de cuál deba ser la incidencia del control jurisdiccional ya se han escrito muchas páginas. Baste recordar la célebre obra de E. García de Enterría, escrita en coautoría con T.R. Fernández, *Curso de derecho administrativo* (10ª ed., Madrid, Civitas, 2003); También la obra de Fernando Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa* (Civitas, 1976) ha sido un referente con relación a los conceptos jurídicos indeterminados. Aunque ambas se inscriban en el área de Derecho Administrativo, tratan en profundidad numerosas cuestiones y realizan unas precisiones conceptuales que resultan de gran utilidad para la teoría del Derecho.

⁸ J. IGARTUA SALAVERRÍA, “El indeterminado concepto de los «conceptos indeterminados», *cit.*, p.147. Igartua diferencia tres tipos de vaguedad: i) lingüística: cuando las controversias sobre el significado que pueda tener un término se plantean según las reglas de significado del lenguaje; ii) vaguedad sistémica: deriva de las dificultades de ajuste entre el significado de un término con el significado de otros enunciados, según las exigencias del derecho como sistema; iii) funcional: se produce cuando el resultado de la aplicación de una norma o de un concepto conducen a consecuencias que no pueden aceptarse (*Ibidem*, p.148).

⁹ J. IGARTUA SALAVERRÍA, “El indeterminado concepto de los «conceptos indeterminados», *cit.*, p.151.

presencia en el Derecho, tiene por causa o las características propias de la vaguedad y ambigüedad que presenta el lenguaje común, a las que no es ajeno el lenguaje jurídico, o la intención premeditada del legislador de redactar de esta manera imprecisa la norma a modo de técnica de normación”¹⁰.

Como señala Ara Pinilla, en el lenguaje jurídico se pretende dar la idea de que la regla general es la de la claridad de los textos jurídicos y del significado unívoco de los términos que lo integran de manera que la presencia de los conceptos jurídicos indeterminados parece constituir una excepción puntual¹¹. Se lamenta de la pervivencia de dos circunstancias: en primer lugar, por “la explicación de que el funcionamiento del Derecho pueda seguir pivotando sobre la figura del emisor en los textos jurídicos”, dado que se puede comprobar que éstos son generalmente asumidos con significados diferentes por parte de los destinatarios de sus enunciados. El Derecho funciona sobre la base del significado que los destinatarios otorgan a los términos y no sobre el significado que el legislador, en su momento, ha querido dar. En segundo lugar, la vigencia relativa de la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos, puesto que la consideración de un texto como claro u oscuro es precisamente el resultado de su interpretación y no un dato previo a la fase de la interpretación¹². La clave está precisamente en el receptor del lenguaje jurídico que será quien rellene el concepto jurídico indeterminado que el emisor ha dejado precisamente así, indeterminado. “Es siempre la decisión del legislador al dictar el enunciado jurídico y no la asimilación que de él pueda hacer el destinatario del derecho la que permite

¹⁰ M. NUÑEZ PACHECO, *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería. Controversias y soluciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, 2013, p.25. Disponible en: <repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4038/.../SM132-Nuñez-Los%20conceptos.pdf> (Acceso 10.10.2016). Por su parte, Prieto Sanchís ya ha advertido que la expresión conceptos jurídicos indeterminados “seguramente [...] no sea muy afortunada, pues parece sugerir una nítida separación entre lo determinado y lo indeterminado que, como ya sabemos, no existe en el lenguaje jurídico”. Y explica que, “hay que reconocer, no obstante, que entre los juristas el origen de tal distinción no obedece tanto al deseo de separar unos conceptos de otros en función de su determinabilidad, cuanto al propósito de excluir o cercenar interpretaciones discrecionales”. (L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e Interpretación jurídica*, Madrid, Editorial Tecnos, 1993, p.94).

¹¹ I. ARA PINILLA, “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, BOE-Ministerio de Justicia, 2004, p. 108. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-2004.

¹² I. ARA PINILLA, “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, cit., pp.110-111. Sobre la interpretación del principio “in claris non fit interpretatio”, Miraut Martín, siguiendo al Profesor Ara Pinilla en relación a los conceptos jurídicos indeterminados, sostiene que muchas veces utiliza el legislador estándares o conceptos jurídicos indeterminados para conseguir los fines que se propone porque estima que “la mejor manera para alcanzarlos es dejar la determinación de su contenido para un momento posterior al dictado de la ley, es decir, para el momento de su interpretación”. vid. L. MIRAUT MARTÍN, “Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XIX, 2002, pp.377-399; también, I. ARA PINILLA, *Teoría del Derecho*, Taller Ediciones J.B., Madrid, 1996, pp.471-472.

caracterizar a los conceptos jurídicos indeterminados”¹³. Por lo indicado, el receptor encuentra en los conceptos jurídicos indeterminados un margen de intervención (que no de libertad para dotar de significado) que para otro tipo de enunciados jurídicos no se le permite.

1.1. Concepciones sobre la vaguedad del Derecho

La doctrina ha establecido tres concepciones sobre la vaguedad del Derecho: la concepción negativa, la positiva y la imparcial¹⁴. Para la primera, la concepción *negativa*, la vaguedad del Derecho es considerada como un “defecto” del Derecho. Considera que la vaguedad en la legislación constituye una violación del ideal del Estado de Derecho. Esta línea es sostenida por quienes defienden que la claridad y certeza de la legislación constituyen las condiciones de legalidad ideal. La precisión y certeza se presentan como características deseables y perseguibles por los Ordenamientos jurídicos, con la finalidad de proporcionar a los sujetos implicados en su funcionamiento saber a qué atenerse y poder prever las consecuencias jurídicas de sus actos, establecidas en la legislación¹⁵. Esta concepción negativa, sustentada por Fuller, sólo concibe la ley homogénea, reducida toda ella a reglas claras y precisas, sobre las que hace descansar el ideal de precisión, claridad y certeza del Derecho. Desde esta perspectiva, la vaguedad es considerada como un rasgo negativo del derecho, un defecto de la legalidad. En

¹³ I. ARA PINILLA, “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, cit., p.112.

¹⁴ Seguimos la clasificación que expone Del Real Alcalá que ha estudiado ampliamente el tema de la vaguedad del Derecho. Como traductor de la obra de Timothy A.O. Endicott, *La vaguedad en el Derecho*, se identifica con la teoría de éste sobre la cuestión. (Cfr. A. DEL REAL ALCALÁ, “El problema de la vaguedad en la legislación” en *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº3, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, p.1; también, vid. A. DEL REAL ALCALÁ, “Deber judicial de resolución y casos difíciles”, en *Panóptica-Revista Académica de Direito*, Vitória (Brasil), n.º 18, março-junho 2010, pp. 40-60; y A. (del) REAL ALCALÁ, “La ‘doctrina de la completitud’ del Derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo”, en VV. AA., *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba* 4 volúmenes, volumen II, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 423-447.

¹⁵ Fuller puede ser inscrito en esta concepción negativa. (Vid. L.L. FULLER, *La moral del Derecho*, vers. de F. Navarro, México D.F., Editorial F. Trillas, 1967). En su opinión, la claridad y la certeza de la legislación se corresponden con rasgos pertenecientes a la estructura formal del Derecho, lo que el autor denomina moral interna del Derecho –MID– (equiparable a los requisitos y condiciones características del Estado de Derecho). Fuller establece un catálogo de ocho elementos que integran la MID y que proporcionan un valor “moral” al Derecho, en un sentido procedimental: i) precisión y claridad de la ley; ii) generalidad del Derecho; iii) promulgación; iv) irretroactividad, v) ausencia de contradicción en la legislación; vi) un fin a perseguir por la legislación; vii) estabilidad del Derecho a través del tiempo para que sirva de orientación a sus destinatarios, viii) congruencia entre la ley oficial y la ley declarada por los tribunales (*Ibidem*, pp.56-104). Y si los requisitos que hacen posible la legalidad le permiten a Fuller describir las ocho excelencias jurídicas, estas mismas, como reverso de aquellas, le permiten constatar ocho clases de defectos jurídicos. Por ello, la violación de alguno de los elementos de la MID se traducirá en un defecto de la legislación y en un déficit del Estado de Derecho. (Cfr. A. DEL REAL ALCALÁ, “El problema de la vaguedad en la legislación”, cit., p.5).

cualquier caso, es un defecto inicial y contingente porque se puede eliminar mediante los actos posteriores de aplicación e interpretación.

La segunda concepción sobre la vaguedad del Derecho es la *positiva*, la que lo considera bueno para el Derecho. Esta concepción va a sustentar un doble presupuesto: que la vaguedad en la legislación es necesaria y que constituye una característica óptima del Derecho. Esta línea es la sustentada por Endicott quien no sólo constata la existencia irremediable de vaguedad en la legislación en virtud de la estructura abierta que presenta la ley sino que incluso la considera una característica positiva del Derecho y necesaria para el Derecho¹⁶. Endicott, afirma que el derecho es “necesariamente” vago y que éste es un rasgo “positivo”. Es una tesis que está más próxima a las características que hoy definen el Derecho, el cual no puede describirse bajo el ideal de la homogeneidad de la ley sino más bien de la heterogeneidad. La claridad, precisión, certeza y determinación del derecho no son un ideal deseable porque, al contrario de lo que pudiera parecer, el exceso de precisión, certeza y determinación puede derivar en arbitrariedad y no en incrementar la seguridad jurídica.

¹⁶ Endicott refuta la precisión y determinación de la legislación como ideal característico del Derecho. A partir de la vaguedad del lenguaje, va a sustentar dos tesis: la tesis lingüística sobre el Derecho y la tesis sobre la indeterminación jurídica. Con relación a la primera, sostiene que el concepto de vaguedad del lenguaje legislativo conlleva en sí una tesis lingüística. El profesor de Oxford atribuye dos características a las palabras que son vagas. La primera característica hace referencia a las dudas y el desacuerdo que surge cuando se aplican dichas palabras vagas. En la legislación, este rasgo es característico de la existencia de reglas indeterminadas en el Derecho. La segunda característica es el principio de tolerancia, que significa que las palabras son vagas, precisamente porque al ser vagas no pueden tener bien definidos límites en su aplicación. Aunque se trate de diferencias insignificantes, pueden llevar, en el ámbito del Derecho penal, a la declaración de culpabilidad o de inocencia en distintos sujetos por casos prácticamente iguales. Lo que pone de manifiesto que a la hora de apreciar casos similares esas decisiones están afectadas necesariamente de discrecionalidad. Incluso, Endicott va más allá y no reduce la vaguedad como tesis lingüística al Derecho legislado sino que también la extiende a los “recursos no-lingüísticos” del Derecho. Concluye que la vaguedad es un rasgo “necesario” del propio Derecho en su conjunto. (T. ENDICOTT, *La vaguedad en el Derecho*, trad. de J.A. del Real Alcalá y J. Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2006, pp.135-138). En segundo lugar, frente a la precisión de la legislación, la doctrina de la vaguedad en el Derecho que sustenta Endicott incluye una “tesis de indeterminación” (parcial) del mismo. Atribuye a la vaguedad del Derecho entidad conceptual, colocándola como rasgo definitorio del Derecho, cuyo punto de partida es la metáfora hartiana del núcleo de certeza y la zona de penumbra. Y así, mientras que la “vaguedad” es característica de las expresiones lingüísticas (también del lenguaje del Derecho), la “indeterminación” es una característica de la *aplicación* del Derecho. En tercer lugar, Endicott sostiene que la vaguedad es ineliminable del Derecho legislado. Produce indeterminación sólo en algunos casos (los casos indeterminados) no en todos los casos de aplicación de las reglas. En su opinión, la precisión de las reglas legisladas no siempre debe ser un objetivo de la legislación ni del legislador. Por el contrario, la vaguedad y las indeterminaciones resultantes en el Derecho son significativas para la teoría jurídica y para la comprensión del Derecho. Todo esto le lleva a concluir que el Derecho legislado es “necesariamente” vago y que ésta es una característica positiva del derecho. Frente a esto, Asís Roig defiende que las decisiones judiciales tendrán que apoyarse en una argumentación jurídica lo más objetiva posible. (R. DE ASÍS ROIG, *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005, p.131 y ss.).

La tercera concepción de la vaguedad de la legislación es la concepción *imparcial* que se hace descansar en la textura abierta del Derecho. La teoría de Hart puede encuadrarse en esta línea. Baste recordar su constatación de la existencia ineludible de vaguedad en la legislación dada la estructura interna del Derecho, caracterizado por su textura abierta¹⁷. La textura abierta se presenta como fuente de la vaguedad e indeterminación del lenguaje legislativo. Esta concepción imparcial, apoyada en la doctrina de la textura abierta del Derecho, diferencia entre las áreas de certeza –núcleo de certeza– y áreas de imprecisión y vaguedad –zona de incertidumbre de aplicación de las reglas– del lenguaje legislativo. Ello lleva a diferenciar dos zonas distintas de la legislación con sus respectivas dos clases de reglas legisladas: las reglas precisas y las reglas imprecisas y vagas. Esta concepción se limita a constatar la irremediable vaguedad que a veces presenta la ley. Lo cual no es ni una característica negativa del derecho, es decir, un defecto de la legalidad, pero tampoco un rasgo especialmente óptimo del mismo. “Su posición a este respecto es de mera constatación e imparcialidad”. Como señala Real de Alcalá, de la concepción de la ley y de su textura abierta que sostiene Hart, cabe deducir que éste no concibe la vaguedad en la legislación como un rasgo negativo, es decir, como un defecto de la ley, pero tampoco la entiende como una característica especialmente óptima del Derecho¹⁸.

La concepción *imparcial* y la concepción *positiva* sobre la vaguedad del Derecho se encuentran más cercanas, en la medida en que la doctrina del positivismo jurídico contemporáneo –en la que se inscribe la teoría de Hart– acepta la indeterminación como algo inevitable en el Derecho, lo cual a su vez conlleva la necesidad de incluir la tesis de la discrecionalidad judicial en el modo de resolver el Derecho indeterminado, como sustenta Hart.

1.2. Ventajas e inconvenientes de la vaguedad del Derecho

Hay diversas opiniones sobre si la vaguedad conlleva ventajas o inconvenientes para el sistema jurídico. La vaguedad del Derecho, que para algunos podría ser un problema, en la medida en que provoca inseguridad jurídica, para otros es conveniente porque se considera que a veces se logra mayor precisión utilizando conceptos vagos que conceptos precisos¹⁹. La ventaja es que ofrece la posibilidad de adaptar el problema en cuestión al caso específico que se pretende resolver, lo que aporta un campo de acción flexible que le permite valorar de acuerdo a las circunstancias

¹⁷ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p.155 y ss; también, H.L.A., HART, *Post scriptum al concepto de Derecho*, edic. de P. A. Bullock y J. Raz, estudio preliminar, notas y bibliografía de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México D.F., 2000, p.28.

¹⁸ Con respecto a las respectivas concepciones negativas y positivas de las teorías jurídicas acerca de la presencia de la vaguedad en el Derecho, “la posición hartiana es más bien de constatación e imparcialidad. A. DEL REAL ALCALÁ, “El problema de la vaguedad en la legislación”, cit., p.16 y p.10.

¹⁹ A esta segunda posición Igartua la denomina “el timo de la representación fiel”, es decir, un engañoso pretexto. (J. IGARTUA SALAVERRÍA, “El indeterminado concepto de los «conceptos indeterminados», p. 146).

la concreción del concepto –supongamos, el interés del menor– en función de las características concretas del caso de que un determinado menor (como en el caso de menores inmigrantes no acompañados, menores en situaciones de riesgo por formar parte de una familia desestructurada). El inconveniente radica en la sujeción de la determinación al criterio del intérprete, lo que induce a que la solución se realice desde una perspectiva personal, lo que podría traducirse en inseguridad jurídica (por ejemplo, prevención del juez a la hora de establecer una custodia para los padres con respecto al progenitor con adicciones como drogas o alcohol). Como acertadamente ha expuesto Real Alcalá, “la indeterminación no es solucionable de un modo definitivo sino en y para cada caso particular, salvo cuando la indeterminación es salvable –o debe salvarse– acudiendo al sentido preciso que han fijado previamente las decisiones judiciales vinculantes como la jurisprudencia”²⁰.

Nos adscribimos a esta opinión en la medida en que, puesto que el Derecho se concreta en normas generales y se aplicará a unos determinados hechos, en aquellos casos en que haya indeterminación de conceptos jurídicos, derivada de la propia generalidad de la norma, no tiene porqué considerarse negativamente. Una concreción de la norma general al caso concreto, una individualización de la legislación a un titular de derecho concreto, con unas circunstancias determinadas –como pueda ser la concreción del interés superior del menor– con una alta probabilidad será más justa porque permitirá “dar a cada uno lo que le corresponda”. Podrá rebatirse alegando que incentiva la inseguridad jurídica pero, de lo que se trata, no es de configurar un Derecho “duro” sino flexible o dúctil, en el que los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser valorados positivamente²¹.

1.3. Composición de los conceptos jurídicos indeterminados

Tradicionalmente se ha establecido una clasificación tripartita de tres núcleos o zonas en todo concepto jurídico indeterminado: 1) Núcleo fijo o zona de certeza, formado por datos previos y seguros. La zona de certeza positiva implica que los miembros de una comunidad lingüística están de acuerdo en que sí le es aplicable el término en cuestión; 2) Zona de certeza negativa, que no forma parte del concepto jurídico. La zona de certeza negativa implica que esos mismos miembros están de acuerdo en que no le es aplicable ese término; 3) Zona intermedia o de incertidumbre, más o menos imprecisa. La propia distinción entre casos claros y casos de penumbra es imprecisa. La zona de penumbra puede considerarse que viene definida

²⁰ A. DEL REAL ALCALÁ, “Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley constitucional. El término “nacionalidades” como concepto jurídico indeterminado” cit., pp.129-130.

²¹ Uno de los grandes juristas franceses del siglo XX, Jean Carbonnier, además de denunciar la inflación legislativa, propugnó la noción de *no derecho*, necesario abandono por el Derecho de un terreno que ocupaba o que habría sido de su competencia ocupar, dejando lugar a la subjetividad y a otras formas espontáneas de regulación social; defendió un grado de *inefectividad* de las reglas, imprescindible para hacer tolerable la vida social frente a un Derecho excesivamente técnico y con la omnipresencia. Subrayó que una de las primeras funciones que tiene la ley es la de procurar seguridad al hombre (J.CARBONNIER, “Postface. Toute loi en soi est un mal?” en *Essais sur les lois*, Repertoire du Notariat defrènois, 1979, p.87) pero ello no impide la “flexibilidad” del Derecho (en la línea de lo que después Zagrebelsky denominará “Derecho dúctil”).

por dos posibilidades: una, cuando los miembros de la comunidad lingüística están *de acuerdo* en que no se sabe si al objeto se le aplica o no el término en cuestión. Otra, cuando esos miembros están en *desacuerdo* sobre la aplicabilidad del término (porque unos entienden que debe aplicarse y otros consideran que no debe ser aplicado)²². Con todo, hay que advertir que no hay una clasificación tripartita nítidamente demarcada entre casos de aplicación, casos de no aplicación y casos de duda. Los límites entre estas categorías son discutibles.

El *quid* de la cuestión es qué hacer y cómo hacer para solventar disyuntivamente (sí/no) la aplicación de los conceptos indeterminados cuando el caso entra en el halo de incertidumbre²³. Como acertadamente ha sostenido Sáinz Moreno, “por muy difusos que sean los límites del concepto, el criterio para conocer hasta dónde alcanzan esos límites lo proporciona su esencia o núcleo, porque el concepto llega hasta donde ilumina el resplandor de su núcleo”²⁴. “Un concepto es indeterminado porque su relación con la cosa (no la cosa misma) es indeterminada”²⁵.

1.4. Ámbitos de indeterminación y vaguedad

La indeterminación y vaguedad se puede encontrar tanto en el ámbito de la legislación, como en el ámbito de la interpretación jurídica y en la teoría de la decisión judicial (la discrecionalidad judicial). Nos referiremos brevemente a cada uno de estos tres ámbitos

1.4.1. Indeterminación y vaguedad en el ámbito de la legislación

En la legislación es frecuente que el lenguaje sea vago, conteniendo conceptos indeterminados. Esa vaguedad es el resultado tanto de lagunas involuntarias del legislador como de una intención voluntaria del mismo, que la utiliza a modo de técni-

²² Esta segunda concepción de la vaguedad la presenta como producto de un conflicto, lo cual enlaza incluso mejor con la praxis judicial. Así, no cabe pensar que dos litigantes admitieran ante el juez que dudan sobre el fundamento de sus respectivas pretensiones. Y que a su vez el juzgador confirmara que el significado del término legal es oscuro y “conviene dejar reposar el asunto” confiando en que con el tiempo se clarifique. Por el contrario, lo que sucede en la práctica es que ni los planteamientos de las partes ni tampoco las decisiones judiciales son dubitativas. Las partes asignan un determinado significado a los conceptos, lo que genera que pueda haber discrepancias entre las mismas y, por ello, acaban acudiendo a un Juzgado, para que el juez “dirima autoritativamente que el caso entra/no entra en ese espacio de significación. A su vez, lo que un juez decide como acertado podrá considerarse dudoso cuando, sobre la misma cuestión, otros tribunales emitan sentencias que contrasten con la suya. Nos adherimos a la opción de Igartua, cuando afirma que simpatiza más con esta segunda concepción. (J. IGARTUA SALAVERRÍA, “El indeterminado concepto de los «conceptos indeterminados», *cit.*, p.153).

²³ J. IGARTUA SALAVERRÍA, “El indeterminado concepto de los «conceptos indeterminados», *cit.*, p.8.

²⁴ F. SÁINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad Administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p.85.

²⁵ J. IGARTUA SALAVERRÍA, “El indeterminado concepto de los «conceptos indeterminados», *cit.*, p.160.

ca legislativa, como una forma de establecer estándares de conducta abiertos para los destinatarios de las normas jurídicas²⁶.

Real Alcalá atribuye la existencia de los conceptos jurídicos indeterminados a tres causas: el uso limitado con el que utilizamos las palabras; la distancia en el tiempo, que aleja el momento de creación legislativa del Derecho de los casos de su aplicación; y por último, la voluntad del legislador²⁷.

1.4.2. Indeterminación y vaguedad en el ámbito de la interpretación jurídica

Puesto que la labor de interpretar y argumentar un concepto indeterminado o vago recae sobre los operadores jurídicos, será a ellos a quien corresponda la tarea de distinguir los dos sentidos siguientes en un concepto indeterminado: establecer qué es lo que dice una expresión jurídica cualquiera y aclarar lo que dice dicha expresión, o escoger entre significados enfrentados. En ambos casos, la interpretación y concreción final deberá ser conforme a Derecho.

Como ya hemos indicado, no siempre dicha indeterminación debe ser vista como una laguna o un defecto del Derecho, sino como una característica habitual que el Derecho utiliza para normar situaciones que deja abiertas cuando las ha reglamentado y desea que sean concretadas por los operadores jurídicos que con posterioridad apliquen el Derecho en cada contexto más particular. Los conceptos jurídicos indeterminados, en cuanto al nivel de interpretación, “son términos abiertos que han de ser precisados en los actos de aplicación del Derecho que los contiene y, por consiguiente, perfilados por un operador jurídico que es distinto al de su creación”²⁸.

No todo el ordenamiento jurídico es igualmente sensible a estos conceptos jurídicos indeterminados. Como es sabido, la actuación administrativa está en parte *reglada* por el derecho y es en parte *discrecional*, es decir, libre con tal de que se cumplan los elementos reglados. Cuando se utiliza un concepto jurídico indeterminado para referirse a los aspectos de actuación discrecional permitidos por una norma, no suele haber especial dificultad. Puesto que están reglados (no es una actuación omnímodamente libre, arbitraria) entrará muy probablemente en las facultades de elección de la autoridad que actúa. En efecto, la *verdadera* discrecionalidad se caracteriza por permitir diversas soluciones *igualmente legítimas*, de manera que, una vez comprobado que se da el supuesto de hecho y se cumplen los requisitos, ningún juez puede actuar sobre el contenido de la decisión, porque estaría invadiendo las atribuciones de gobierno de la autoridad ejecutiva²⁹.

²⁶ M^a. C. REDONDO, “Teoría del Derecho e indeterminación normativa”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº20, CEC-Universidad de Alicante, 1997, pp.177-196.

²⁷ A. DEL REAL ALCALÁ, “Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley constitucional. El término “nacionalidades” como concepto jurídico indeterminado” en *FORO. Revista de Derecho*, Quito, UASB-Ecuador/CEN, 2003-2004, pp.126-127.

²⁸ M. NUÑEZ PACHECO, *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería. Controversias y soluciones*, cit., p.21.

²⁹ J. MIRAS, “Concepto jurídico indeterminado” en Otaduy, J; Viana, A; Sedano, J. (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, vol.II, pp. 346-347. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10171/28150> (Acceso 09.10.2016).

La dificultad se presenta sobre todo cuando el concepto indeterminado se emplea para expresar alguno de los requisitos o presupuestos que la norma exige para una actuación de la autoridad³⁰.

La autoridad debería motivar su actuación, no simplemente *usando* el concepto indeterminado, sino dando razones objetivas que muestren que lo indicado por ese concepto se cumple en el caso. Es decir, antes de poder actuar es necesario comprobar si se verifica el concepto jurídico indeterminado, porque de lo contrario la actuación es ilegítima, y así puede declararse en el correspondiente recurso, no solo administrativo (jerárquico), sino judicial (contencioso-administrativo). En estos supuestos, por tanto, no basta con advertir que hay en la norma aplicable un concepto jurídico indeterminado y alegarlo, repitiendo la fórmula de la norma, sino que hay que determinar cómo se da concretamente en el caso, de manera que pueda ser justificado, si la actuación es recurrida³¹. En definitiva, conviene fijar los mecanismos de determinación del significado de un concepto jurídico indeterminado y destacar la relevancia del proceso hermenéutico.

1.4.3. Indeterminación y vaguedad en el ámbito de la decisión judicial

La ambivalencia y la indeterminación no pueden darse en la norma sino en su lenguaje o sentido gramatical. La vaguedad implica correr el riesgo de que el operador jurídico (administrador, juez, funcionario judicial y tantos otros) apliquen a su criterio o conveniencia la norma así escrita³². Además, aunque la determina-

³⁰ Subraya Miras, refiriéndose al funcionamiento de los conceptos jurídicos indeterminados para establecer la sumisión de la actividad administrativa canónica al principio de legalidad, que “Hay que evitar el automatismo de pensar que siempre que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado estamos ante un supuesto de discrecionalidad. En los verdaderos supuestos de discrecionalidad, caben varias soluciones igualmente legítimas y no solo una”. (MIRAS, J., “Concepto jurídico indeterminado”, cit.).

³¹ En el Derecho, constantemente apelamos a convenciones sociales. Por ejemplo, en el derecho de la responsabilidad extracontractual, para determinar qué es una “persona razonable”, apelamos a convenciones sociales. En la misma línea, es necesario apelar a una convención social, aunque sea vaga, para determinar si alguien hizo una promesa, para saber cuál es el contenido de tal promesa. Las convenciones sociales son obviamente relevantes para el derecho contractual y para el derecho en general.

³² Ara Pinilla identifica tres tipos diferentes de respuesta que identifica como respuesta objetivista, finalista e intersubjetiva, que resumidamente tendrían esta formulación: a) La respuesta objetivista que defiende la determinación del contenido de significado atendiendo al sentido general del orden jurídico superior; b) la respuesta finalista que sostiene que la realización del fin que el sistema jurídico adscribe a los conceptos jurídicos constituye el último elemento determinante de su significado; y, c) la respuesta intersubjetiva que considera que el juez debe interpretar el contenido normativo de los conceptos jurídicos indeterminados según la conciencia social del momento de la aplicación de la norma. En definitiva, considera Ara Pinilla que la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados remite al receptor del enunciado jurídico para que determine su significado. Es el legislador el que voluntariamente realiza tal remisión con la finalidad de dotar a los sistemas jurídicos de la suficiente elasticidad para acomodar las reglas jurídicas a las cambiantes circunstancias de la vida social. Básicamente, esa remisión va dirigida a los mecanismos judiciales que, sin embargo, no podrá derivar en una respuesta absolutamente discrecional. La respuesta del

ción jurídica puede ser causa de varias interpretaciones sobre un mismo caso y, por ello, dar lugar a una variada jurisprudencia, no siempre las resoluciones, decisiones, sentencias, laudos, serán el criterio definitivo sobre el que se podrán resolver casos posteriores, ya que siempre habrá que contrastarlo con su aplicabilidad a un caso o situación concreta. Con todo, la jurisprudencia y los precedentes judiciales pueden ser un instrumento útil para ayudar a despejar esa vaguedad e indeterminación.

Con respecto a la decisión judicial, como sabemos, hay diversas teorías entre las que cabe destacar las más divergentes, la tesis de la única respuesta correcta y la tesis de la discrecionalidad judicial, a las que vamos a hacer una breve referencia.

La tesis de la única respuesta correcta³³ sustenta que a pesar de las dudas sobre la aplicabilidad o no aplicabilidad de una regla indeterminada al caso concreto, el juez tiene siempre una solución a la controversia que ha de resolver y que la encontrará en el Derecho, bien sea el Derecho explícito, bien sea el Derecho implícito (principios que sustentan el ordenamiento jurídico). El juez sólo tiene que buscar (pero nunca inventar ni crear) esa solución. Esta tesis sustenta que hay que evitar la discrecionalidad judicial. Como defensores de esta línea cabe citar a Dworkin³⁴ y a García de Enterría³⁵.

juez deberá vincularse siempre a los procedimientos arbitrados para garantizar el sometimiento del juez al Derecho, por lo que también deberá conducirse igualmente cuando se encuentre ante conceptos jurídicos indeterminados. La adopción de un criterio que permita conjugar las dos últimas respuestas en orden a proporcionar un significado a los conceptos jurídicos indeterminados podría ser la opción más adecuada. La verificación de cómo se comporta un ordenamiento jurídico ante conceptos jurídicos indeterminados constituiría un test del nivel de legitimidad del propio ordenamiento jurídico. En el caso de un ordenamiento jurídico no democrático, los problemas de indeterminación semántica de las normas tendrían que solucionarse recurriendo al criterio autoritario (voluntad del dictador, por ejemplo). Aquí se podría luchar contra el Derecho injusto inaplicándolo, “y que una forma de inaplicarlo es atribuir a sus conceptos jurídicos indeterminados un contenido normativo que contradiga los principios del sistema” (I. ARA PINILLA, “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, cit., pp. 123-124).

³³ Vid. M.ª. OTERO PARGA, “La cuestión de la única respuesta judicial correcta” en Jorge Guillermo Portela, Francisco de Paula Puy Muñoz (Coords.) *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004 pp. 297-32.

³⁴ Cabe preguntarse por qué motivo Dworkin, después de su vehemente crítica al positivismo de Hart, vendría a proponer que, en lugar de ese juez hartiano, la “solución para el problema” sería un juez súper discrecional (o su Hércules)? (Vid. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. al español de M. Gustavino, Barcelona, Ariel, 1995, p.78).

³⁵ García de Enterría sostiene que “el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenerse, necesariamente [...] al sentido jurídico preciso que la ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea”. (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Editorial Tecnos, 1995, pp.36-37). Diferencia la indeterminación de los enunciados de la indeterminación de sus aplicaciones, subrayando que la primera no puede derivar en un principio de libertad para el órgano decisor, puesto que “la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, los cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición”. (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y

La tesis de la discrecionalidad judicial está representada en su versión débil por Kelsen³⁶ y en su versión fuerte por Hart³⁷, el cual sostiene que uno de los mecanismos para resolver los casos difíciles es la discrecionalidad judicial. Esta discrecionalidad es una actividad creadora del Derecho. Y la razón de esta teoría se apoya en que, en primer lugar, a la hora de legislar es imposible hacerlo en los casos que se pueden dar en la realidad, más aún si tomamos en consideración el rápido ritmo de cambio de las relaciones sociales. En segundo lugar, se apoya en la obligación que tiene el juez de resolver siempre y en cualquier caso, aunque se trate de una controversia para la que el sistema jurídico no ha previsto normativamente ninguna solución; o si la ha previsto, su redacción abstracta y vaga genera dudas de cuáles son sus casos de aplicación. En estos casos, el juez tendrá que resolver acudiendo a razones/criterios que no le proporciona el Derecho³⁸. Este mecanismo es visto con suspicacia en la medida en que de la discrecionalidad se puede derivar en arbitrariedad, es decir, decidir sobre asuntos que no están reglados podría desembocar en una arbitrariedad jurídica³⁹.

T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p.459). Ese órgano decisor, mediante “juicios disyuntivos” debe determinar la presencia o no del supuesto aludido por el concepto jurídico indeterminado. Donde la tesis de García de Enterría es más discutible es en cuanto a la contraposición que plantea entre la discrecionalidad y el uso de conceptos jurídicos indeterminados. Por discrecionalidad se refiere, esencialmente a: “una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere entre indiferentes jurídicos porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada no obstante su imprecisión de límites con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido que el concepto jurídico indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional”. (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Potestades regladas y potestades discrecionales” en GARCÍA DE ENTERRÍA, E; FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pp.460-461).

³⁶ Según Kelsen, la norma es un marco de posibilidades de aplicación y de interpretación, pero estas acciones intelectuales corresponden al órgano jurídico competente el cual, investido de la potestad que el propio Derecho le otorga, en una actividad cuasi-científica, elige concretamente para el caso que se trate, una de las varias opciones, y no otra. Así, la atribución de significado semántico a un concepto jurídico indeterminado es algo discrecional del operador jurídico, pero siempre moviéndose en el marco de las posibilidades del significado de la norma aplicable al caso concreto, por lo que es una elección de acuerdo a Derecho. Por ello, esta discrecionalidad es calificada de “débil”, porque el margen de discrecionalidad del operador jurídico es pequeño: el marco de la norma. (Cfr. H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, trad. al español de R.J. Vernengo, México D.F., Porrúa, 1993, p.356).

³⁷ H.L. HART, *El concepto del Derecho*, cit., p.159).

³⁸ M. NUÑEZ PACHECO, *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería. Controversias y soluciones*, cit., pp.57-58.

³⁹ La principal característica señalada por Dworkin, en su debate con Hart, es la discrecionalidad que se produce a partir de la “delegación”, en favor de los jueces, del poder de solucionar los casos difíciles. Es indubitable la relación de la discrecionalidad –delegada por Hart al juez– con el decisionismo kelseniano. Discrecionalidad será, así, el poder conferido al juez/intérprete para elegir una entre varias alternativas.

Algunos autores consideran que toda discrecionalidad es fruto de la indeterminación; mientras que, para otros, la indeterminación del Derecho sería —en todo caso— sólo una de sus posibles fuentes⁴⁰. Lifante explica que pueden establecerse clasificaciones de la discrecionalidad, considerando que hay un tipo de discrecionalidad que sería la que se origina por la delegación explícita de un poder de decisión (a la que llaman discrecionalidad formal o fuerte)⁴¹; y otro tipo, que sería el que surge de las imprecisiones o indeterminaciones del Derecho (la discrecionalidad informal o instrumental)⁴².

Por último, los mecanismos que puede utilizar un operador jurídico para atribuir significado a un término que se ha formulado normativamente indeterminado pueden ser varios, entre los que destacamos: a) El mecanismo *usual/aplicativo*: atribuye el significado que por regla general atribuyen los operadores jurídicos al concepto cuando lo aplican. Este mecanismo consolida como uso y costumbre la aplicación de un término indeterminado en un determinado sentido, es decir, con un significado concreto y no otro; b) El mecanismo *doctrinal*: el significado que fija la doctrina local, regional, nacional o internacional sobre dicho término jurídico (significado doctrinal); c) El meca-

⁴⁰ No podemos extendernos en un análisis de la resolución de casos difíciles, de la consiguiente cuestión de la discrecionalidad judicial y de si realmente hay una “única” respuesta correcta, en el marco de la polémica Hart-Dworkin. (Vid. I. LIFANTE VIDAL, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica” en *DOXA*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº25, Alicante, 1989, pp.5-58. Disponible en: <publicaciones.ua.es/filespublici/pdf/02148676RD35807720.pdf>).

⁴¹ Hay dos sentidos que pueden vincularse con el fenómeno de la discrecionalidad. Al hablar de la discrecionalidad como libertad, puede distinguirse entre un sentido conectado con la idea de libertad negativa (como permiso para optar entre las distintas alternativas acordes con el Derecho) y un sentido conectado con la idea de libertad positiva (remarcando que es el órgano decisor el responsable de concretar los estándares que van a guiar la toma de decisión). Respecto a la noción de indeterminación, cabe distinguir entre la indeterminación como fenómeno ligado a la aplicación del Derecho a los casos y que haría referencia a un problema de subsunción; y la indeterminación como la cualidad de ciertas normas que no fijan de antemano la conducta a realizar (que operaba como una delegación de un poder de decisión). Hay autores, fundamentalmente administrativistas, para los que la discrecionalidad sólo surgiría en presencia de una atribución o delegación previa por parte del Derecho de un poder. Se excluye así la posibilidad de que aparezca como consecuencia de meras imprecisiones normativas. En este sentido, resulta ya clásica —aunque no unánime— la contraposición entre, por un lado, el mero margen de apreciación provocado por el uso de los conceptos jurídicos indeterminados y, por otro lado, la auténtica discrecionalidad (F. SÁINZ MORENO, *op. cit.*).

⁴² Las diferencias suelen presentarse como meramente cuantitativas; es decir, en los supuestos de discrecionalidad implícita, los estándares que resultan aplicables en la toma de decisión son normalmente más y por ello el grado de discrecionalidad es menor que en los casos de discrecionalidad explícita. (I. LIFANTE VIDAL, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica” pp.19-20). En el modelo garantista se rechaza frontalmente el decisionismo en derecho. Para esta teoría, la función judicial debe ceñirse, rigurosamente, al principio de legalidad. El juez, como subraya Marina Gascón, “para poder ser una garantía de los derechos contra la arbitrariedad, no debe, a su vez, actuar arbitrariamente”. La diferencia no es baladí: el juez del neoconstitucionalismo está autorizado a suplantar al legislador en aras de una justicia con asidero moral objetivo; el juez del garantismo está obligado a provocar que el legislador haga su tarea en aras de una agenda política liberal y democrática. (M. GASCÓN ABELLÁN, “La teoría General del Garantismo” en M. CARBONELL, P. SALAZAR. (Editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2005, *cit.*, pp. 21-40).

nismo *jurisprudencial*: el significado que han ido construyendo los tribunales locales, regionales, nacionales y/o internacionales sobre un término indeterminado situado en la zona de penumbra; d) Una combinación de algunos de estos mecanismos⁴³.

Sea cual sea el mecanismo que se escoja para concretar el significado de un concepto jurídico indeterminado, lo cierto es que queda en manos, al menos en cierta medida, de la discrecionalidad del operador jurídico que será quien valore e interprete el caso concreto. Podrá ayudarse de instrumentos externos (hechos, pruebas, realidad social, etc.) y de elementos propiamente jurídicos (legislación, jurisprudencia, doctrina, etc.) con la condición de que el resultado al que llegue sea siempre ajustado a Derecho.

2. LA ATRIBUCIÓN DE SIGNIFICADO A UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO: EL “INTERÉS (SUPERIOR) DEL MENOR”

La complejidad de un concepto jurídico indeterminado o cláusula general reside no tanto en su nivel de legislación o de primera aproximación a su significado sino en el nivel de interpretación y de aplicación⁴⁴. El reto es facilitar la concreción práctica del principio del interés superior del niño, concretar el *favor filii*, tarea que resulta compleja por dos razones: primera, por la naturaleza de indeterminación jurídica del concepto mismo; segunda, por la necesidad de concretarlo de manera casuística y no dogmática; es decir, no a partir de categorías generales y abstractas, sino de situaciones concretas y específicas. El concepto con el que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia operan no es simplemente “interés del menor”, sino “interés (superior) del menor”, lo cual ya pone de manifiesto que el interés del menor entra en una término comparativo/ponderativo con los intereses de otros sujetos de derecho implicados en el litigio de que se trate. Por tanto, se trata de un término que ofrece una doble dificultad: por un lado, es un concepto jurídico indeterminado; por otro,

⁴³ Cfr. M. NUÑEZ PACHECO, *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería. Controversias y soluciones*, cit.

⁴⁴ Sobre la problemática de la determinación efectiva del interés del menor, *in concreto*, vid. F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2007, pp.267 ss. Como concepto jurídico indeterminado, el interés del menor se puede definir en abstracto. Pero el reto estriba en cómo definirlo en cada caso concreto, lo que supone un margen de discrecionalidad, tanto por parte de los padres, como de los representantes legales o juez –según el caso y situación de que se trate–. Ni el legislador puede concretar un concepto indeterminado ni tampoco el juez, como aplicador de la ley, puede dictar medidas para concretar ese concepto jurídico indeterminado más que en cada caso concreto. La justicia debe estar presente en estos casos, máxime cuando en la mayor parte de las ocasiones se utiliza la fórmula *interés superior del menor*, de esencia claramente finalista. Esto significa que se debe de dejar a un lado lo que a cualquiera de las otras partes implicadas en el caso les pudiera resultar más conveniente para hacer primar el interés del menor por encima de cualquier otra consideración. Como ha señalado Díez-Picazo: “[...] la cláusula de beneficio de los hijos supone una regla, en virtud de la cual en caso de conflicto, el interés de los hijos prepondera y el interés de los padres se sacrifica y cede”. (L. Díez-PICAZO, “Principio de protección integral de los hijos (Tour pour l’enfant)”) en *La tutela de los derechos del menor. I Congreso Nacional de Derecho Civil*. Córdoba, España, 1984, p.33).

obliga a ponderar los intereses en juego, obligando a decantarse por el que establezca la primacía del interés del menor.

El “interés superior del menor” ha sido calificado como un concepto jurídico indeterminado y que, a su vez, reúne principios y valores jurídicos tales como el principio general del “favor minoris” como criterio rector del derecho de familia, y el principio del “favor filii”. Por tanto, el “interés superior del menor” es tanto un principio general que debe presidir cualquier interpretación y decisión que afecte a un menor como un estándar de interpretación que se comprende desde la concepción del menor como persona, como sujeto y no meramente objeto de derecho. La utilización por parte del legislador de un concepto jurídico indeterminado impone al sujeto obligado a aplicarlo un complementario proceso de valoración en el que deberán ser ponderadas todas y cada una de las particulares circunstancias concurrentes a fin de conseguir determinar *in concreto* y de una manera efectiva cuál sea el interés del menor en la específica situación que se pretende resolver. A lo que cabe añadir la amplitud del arco cronológico que jurídicamente enmarca el estado de minoría de edad, lo que provoca una gran dificultad en orden a pretender sistematizar situaciones caracterizadas por su evidente heterogeneidad. Es por lo que resulta imposible el establecimiento de pautas de solución válidas para todos los supuestos, ni siquiera para aquéllos que pudieran presentarse con engañosa apariencia de semejanza. Por ello, intentaremos establecer determinadas pautas que permitirán ponderar el interés del menor como criterio preferente de solución de conflictos en algunas de las diversas situaciones que puedan presentarse. Vamos a empezar definiendo qué deba entenderse por niño, para lo que recurriremos a la legislación sobre la materia.

2.1. Concepto de “niño” y de “interés del menor”

En orden a individualizar qué es el “interés superior del menor” conviene partir de conceptualizar qué se entiende por niño/menor. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, establece un concepto de qué deba entenderse por niño, en su artículo 1: “se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Por lo tanto, cualquier referencia a derechos del niño debe interpretarse en función de esta definición y equiparación a menor de edad establece que deberá tomarse en cuenta en forma primordial el interés superior de niñas y niños en todos los asuntos que les conciernen: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3, inc. 1). El “interés superior del niño” es un principio general que debe de presidir las interpretaciones y decisiones que se adopten con respecto a un menor⁴⁵.

⁴⁵ En nuestro sistema jurídico, se han realizado constantes alusiones al “interés superior del menor”, relacionándolo con un criterio rector de actuación que deja mucho margen al operador jurídico. La normativa reguladora es amplia, lo que contribuye a dificultar su interpretación. Así, hay que

Nuestro texto constitucional, en su artículo 39, ofrece un criterio de protección integral del niño, estableciendo que los padres deben prestar asistencia “de todo orden” a los hijos durante su minoría de edad (art.39.3 CE) y que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art.39.4 CE), configurando una protección amplia y que ha debido concretarse recurriendo tanto a acuerdos internacionales como leyes infraconstitucionales. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (LO 1/96 PJM) supuso un avance notable⁴⁶,

tomar en consideración, entre otros: a) El art 10 de la Constitución Española (CE) a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos, tal como establece el propio art. 10.2; b) La vigente Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (LO 1/96 PJM) señala en su artículo 2º, que en la aplicación de dicha Ley “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”; c) La Ley Orgánica 8/15 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La supremacía del interés del menor queda configurada en esta norma como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos (art. 11.2). Se desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, (2007). Se recogen también los criterios establecidos en la Observación n.º 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Se sustituye el término juicio por el de madurez; d) Ley Ley 26/2015, de 28 de julio, de *Protección a la Infancia* y a la *Adolescencia*; e) Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.; e) Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; f) El Código Civil, con relación a la guarda y acogimiento de menores (arts. 172-174), señala que se buscará siempre el interés del menor (art. 172. 4) y se hace alusión al mismo en diversos preceptos (arts. 173. 3 y 4, y 173 bis); g) La Ley de Enjuiciamiento Civil, donde se regulan los procesos que afectan a menores (arts. 748-781); h) La regulación que de los derechos del menor se contemplan en diversas legislaciones autonómicas, como la Ley 14/2002, de 25 julio de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, donde en su artículo 4, Principios rectores, señala, en primer lugar, la “Primacía del interés del menor en la toma de decisiones y en la actuación por encima de cualquier otro interés concurrente, por legítimo que éste sea. Para la determinación de ese interés se atenderá en primer término a las necesidades y derechos del menor, se tendrán en cuenta sus opiniones y deseos manifestados con juicio suficiente, y se considerará su individualidad en el marco familiar y social” (art.4, a). Preceptos todos ellos, en perfecta sintonía y conexión con otros similares contenidos tanto en el Derecho comparado, como en los Convenios, Tratados y Pactos internacionales suscritos por el Estado español, muy en particular con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Carta de los Derechos del Niño, del Parlamento Europeo (DOCE C-241, 21-9-92) y con la Observación General n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño, a que su interés superior sea una consideración primordial (SP/DOCT/17979).

⁴⁶ La LO 1/96 PJM reconoció plenamente la titularidad de derechos de los menores y la capacidad progresiva para ejercerlos, pasando los menores a ser considerados, según se expresa en la Exposición de Motivos, como “sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”. En su artículo 2 establecía la consideración del “interés superior de los menores” como norma de solución de conflictos (“sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”), reiterando el principio general del “favor minoris” en una buena parte de su articulado. En el orden penal, la L.O 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, declara como interés prioritario para la sociedad y para el Estado el interés del menor, consideración que se incorpora como contenido específico de alguno de sus preceptos (cfr. arts. 6, 14.1, 23.1 27.4 y 30.3, entre otros).

modificada en profundidad por la Ley Orgánica 8/15 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴⁷.

A partir de la modificación del art. 2 de la LO 1/96 PJM, el interés del menor, según la observación general nº 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en el ámbito de las Naciones Unidas, tiene tres dimensiones: derecho sustantivo, principio jurídico de interpretación y norma de procedimiento: a) En cuanto *derecho sustantivo*, el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. También es una garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico, o a los niños en general; b) El interés del niño debe considerarse como *principio jurídico interpretativo* fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño; c) También es una *norma de procedimiento*: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto, o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

La protección del menor se suele englobar en la expresión “protección integral”⁴⁸ la cual implica el respeto y garantía de derechos fundamentales del menor, la satisfacción de sus necesidades derivadas de su desarrollo físico y mental, y dentro de ellas, las necesidades básicas o vitales (alimento, vivienda, vestido, educación, asistencia médica, etc.), así como las necesidades espirituales (afectivas, educativas, religiosas). Por “interés del menor” se puede entender aquello que le beneficia, entendido el beneficio en el sentido más amplio posible y no solo de orden material, sino también de orden social, psicológico, moral, es decir, todo aquello que redunde en su dignidad como persona, en la protección de sus derechos fundamentales y coadyuve al libre desarrollo de la personalidad y su desarrollo integral⁴⁹.

⁴⁷ Entre otras disposiciones, modifica el art. 2 de la LO 1/96 PJM, en el que se introducen los criterios jurisprudenciales mantenidos hasta la fecha entorno al concepto jurídico indeterminado del interés del menor. Estos criterios se reconocen, al menos, en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 416/15 de 20 de Julio. El art. 2 de la LO 1/96 PJM, en su redacción dada por la LO. 8/15, dice así: «*todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado*». El artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece una obligación intrínseca para los Estados de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

⁴⁸ En relación a la protección de los menores, hay abundante bibliografía, entre la que destacamos: M. CALVO GARCÍA, “La protección del menor y sus derechos” en *Derechos y Libertades*, nº2, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 1994, pp.177-200; M^a.I. GARRIDO GÓMEZ, *La política social de la familia en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2000, espec., pp.163-169.

⁴⁹ J. AÑÓN CALVETE, “Interés del menor”, cit.

2.2. Ámbitos de concreción del contenido de “interés superior del menor”

Como acertadamente ha apuntado Kuger, el “interés del menor constituye un principio vinculante para todos aquéllos que puedan influir o tomar decisiones respecto de situaciones en las que deban resolverse cuestiones que, de un modo u otro, afecten a menores. Así, principalmente, el legislador en la fase de la elaboración de la norma, los Jueces y Tribunales en la interpretación y aplicación de las fuentes del Derecho, el Ministerio Fiscal en su función de defensa y protección de los intereses del sometido a patria potestad, las entidades públicas como gestoras del funcionamiento de las diversas instituciones protectoras del menor, los progenitores o tutores en el ejercicio de sus funciones tuitivas e, igualmente, el agente mediador en la prestación de sus servicios orientados inicialmente a la creación de un clima propicio para que se produzca la comunicación entre los sujetos implicados, necesaria para la efectiva consecución de aquellos acuerdos que permitan satisfacer las necesidades de las partes y, prioritariamente, de los hijos menores”⁵⁰. No podemos abordar aquí todos los posibles niveles en que se adoptan decisiones con respecto a los menores. Vamos a limitarnos a analizar los criterios normativos y jurisprudenciales⁵¹, en cuanto instancias que han contribuido a fijar los parámetros de en qué consiste ese “interés del menor”. Por último, intentaremos explicar porqué consideramos que la mediación familiar constituye un proceso de gestión positiva de los conflictos idóneo, en algunos casos y siempre respetando la legislación y a partir de la jurisprudencia, para concretar el interés superior del menor.

2.2.1. Criterios normativos de interpretación del “interés superior del menor”

En la Unión Europea, como sabemos, conviven dos tipos de ordenamientos jurídicos: los continentales y los anglosajones, cada uno de ellos con distintas técnicas legislativas en relación a la protección del “interés superior del niño”⁵². En relación a los primeros, los sistemas continentales como el nuestro, recurren a cláusulas generales mientras que los sistemas anglosajones combinan éstas con el establecimiento de una serie de criterios normativos que tratan de compensar la indeterminación del principio. En el sistema continental, la elección de esta técnica legislativa de la cláusula general establece una forma especial de aplicación de la norma que incorpora tales conceptos, para lo que se exige una doble tarea: precisar el significado y contenido del concepto (qué es el interés del menor), y luego comprobar en qué situaciones y circunstancias concretas se da el valor que ha pretendido captar la norma,

⁵⁰ V. KLUGER, *El Interés del Menor como Criterio Prevalente en la Mediación Familiar*. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar.shtml>.

⁵¹ Vid. M^a. I. IGLESIA MONJE, “Examen de la jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia” en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, año n° 90, n° 745, 2014, pp. 2459-2479.

⁵² M. TERÁN PIMENTEL, “Sobre un concepto de interés superior del menor” en *Anuario de Derecho*, Año 31, n° 31, Enero-diciembre 2014, Mérida-Venezuela, p.21. Disponible en: <www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/40958/1/articulo1.pdf>. (Acceso 03.03.2017).

otorgando especial relevancia a los datos y circunstancias del caso concreto. El legislador opta por remitir al juez o a la administración la tarea de determinar, para cada caso, en qué consista tal interés. Es el sistema de España, Italia, Francia y Noruega. En relación a los segundos, la técnica de los sistemas anglosajones consiste en identificarlo por medio de una lista de criterios legales con el objeto de proporcionar unas pautas a seguir en las decisiones donde deba entrar en juego el principio, que podría denominarse como técnica legislativa de criterios normativos preestablecidos.

Ravellat Ballesté propugna un acercamiento hacia un modelo mixto de ambos. Se trataría de incluir en nuestras normas un listado abierto de situaciones que quedarían integradas dentro del concepto general del interés del niño”. A título de ejemplo, cita la *Children Act Británica* de 1989, sección 105 (1), donde se establece que los Tribunales están obligados a considerar el bienestar de las personas menores de edad *as the paramount consideration*, y acto seguido en su sección (3) identifican este bienestar a través de una *check list* que incluye, entre otras, referencias relativas a la edad y la capacidad de raciocinio; las necesidades físicas, emocionales y educativas; los posibles efectos de un cambio de circunstancias; y el entorno del individuo⁵³.

En relación al ámbito jurídico español, en cuanto a los criterios que ofrece la legislación, además de las diversas referencias que se incluyen en la legislación ya citada sobre los menores, en el art. 2 de la LO 1/96 PJM se establecen criterios a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso para averiguar y concretar en qué consista el interés superior del menor: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior; c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor; d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. Los criterios generales se ponderarán teniendo en cuenta

⁵³ I. RAVETLLAT BALLESTÉ, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” en *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2, 2012, pp. 89-108. Disponible en: www.unav.edu/matrimonioyfamilia/observatorio/.../31790_Ravellat_E2012_Interes. (Acceso 02.03.2017).

Entre los principios generales aplicables a todas las situaciones en las que haya que tomar una decisión sobre un niño, destacamos: el *welfare principle* –que podría equiparse al interés superior del niño–; el *no delay principle*, por el que se entiende que cualquier retraso en la toma de decisiones irá en perjuicio del interés del niño; y el *no order principle*, una regla de intervención mínima, según la cual los tribunales no tomarán ninguna medida a menos que puedan demostrar que la adopción de la misma beneficiará más al niño que la ausencia de pronunciamiento. En la práctica se traduce en que los tribunales no toman decisiones sobre aquellas cuestiones sobre las que los progenitores han llegado a un acuerdo.

los siguientes elementos generales, valorados en su conjunto conforme a criterios de necesidad y proporcionalidad de forma que la medida que se adopte en el interés del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara (la edad y madurez del menor; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad; el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, etc.).

2.2.2. Criterios jurisprudenciales de interpretación del “interés superior del menor”

El principio del “interés superior del menor” se ha ido configurando primero en los Tratados Internacionales, después en la jurisprudencia europea y, después, se integra a través de la citada Ley de Protección jurídica del menor de 1996, momento a partir del cual se erige en eje fundamental de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, como derivación, de los Juzgados de Primera Instancia y de las Audiencias. A ello hay que añadir que toda norma de Derecho de Familia también lo menciona e incluye.

La jurisprudencia española destaca por su gran casuismo, por lo que se llega a soluciones muy dispares en el tratamiento de cada caso. Nuestra jurisprudencia⁵⁴ se ha pronunciado al respecto sobre diversas cuestiones: a) En relación al derecho del niño a vivir en un entorno familiar y a recibir apoyo y asistencia de ambos progenitores contempla, como criterios normativos y jurisprudenciales⁵⁵; voluntad del

⁵⁴ Seguiremos la exposición de Añán Cavete en relación a las referencias jurisprudenciales que vamos a citar: J. AÑÓN CALVETE, “Interés del menor. (A propósito de la L.O. 8/15 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia)” en *El Derecho.com* (29.09.2015) http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Interes-menor_11_865180001.html.

⁵⁵ *Vid.* A. DÍAZ MARTÍNEZ, “La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional” en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Parte Comentario (2013). Io, 1. En este sentido, conviene tener presente la posición de la jurisprudencia: cuando señala que “el interés del menor es un concepto jurídico relativamente indeterminado, los padres biológicos lo esgrimen para pedir el retorno de sus hijos, los acogedores para no devolverlos, la administración para intervenir, los jueces para admitir o desestimar pretensiones en uno u otro sentido, la fiscalía como apoyo de sus informes, la opinión pública para decantarse sentimentalmente por una u otra parte en pugna por unos niños...; todos usan el concepto y todos apoyan (apoyamos) nuestras pretensiones en él. Por tal motivo, y para que no se convierta en un concepto vacío, es preciso delimitarlo. Existen unos criterios objetivos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de ser valorado, pero también habrán de ponderarse aspectos subjetivos que individualizarán cada caso concreto. Puede ser determinado discrecionalmente (que no arbitrariamente) por el Juez o Tribunal, evitándose todo perjuicio para el bienestar espiritual y material del menor y, de manera más general y en primer término, por las personas que están a cargo del menor (padres en el ejercicio de la patria potestad, en la mayoría de los supuestos)” *Vid.* SAP León 6 junio 2007 (JUR 2007, 337878).

niño⁵⁶, estabilidad⁵⁷, edad, sexo y otras características personales como la cuestión religiosa⁵⁸, protección adecuada⁵⁹, interés del niño y capacidad parental *versus* sanción al progenitor⁶⁰, mantener la unidad de los hermanos⁶¹; b) Guarda y custodia compartida⁶²; c) Derecho del niño a mantener relación con parientes y allegados –como el vínculo con los abuelos, entre otros–.

Además de las Audiencias Provinciales, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han dictado sentencias que ofrecen criterios de concreción. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuanto a los menores, debemos referirla a dos ámbitos de aplicación consolidados: por una parte, el relacionado con el derecho de familia y, por otra, el relacionado con la protección de los derechos fundamentales de los menores, concretamente el derecho a la propia imagen.

En el Derecho de familia, la doctrina jurisprudencial mayoritaria viene referida a dos grandes aéreas, la primera referente a la guarda y custodia de los menores y especialmente en cuanto a la custodia compartida, además del derecho de visitas de los progenitores y familia amplia, alimentos o atribución del uso de la vivienda. La segunda área temática es la que versa sobre las cuestiones derivadas del régimen jurídico de la adopción y acogimiento. El interés del menor, *favor filii*, ha sido considerado como principio general del derecho y regla de reconocimiento de los derechos fundamentales del menor, y ello se ha puesto de manifiesto en litigios relacionados con la filiación⁶³, con acogimiento y adopción⁶⁴, alimentos y vivienda⁶⁵, derecho de

⁵⁶ SAP Barcelona de 9 de septiembre de 1997; SAP Toledo de 17 de septiembre de 1998.

⁵⁷ SAP Soria de 23 de noviembre de 1998; SAP Burgos de 18 de marzo de 1999; SAP Cáceres de 1 de febrero de 2000.

⁵⁸ SAP Tarragona de 2 de octubre de 1993; SAP Barcelona de 4 de marzo de 1996; SAP Almería de 14 de junio de 1999.

⁵⁹ SAP Madrid de 15 de octubre de 2001: Sobre alimentos, *vid.* Sentencia Civil N° 576/2009, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12, Rec 292/2009 de 04 de Septiembre de 2009 <https://www.iberley.es> ›... › *Estima parcialmente* › *Sentencia* › 576/2009 › 292/2009.

⁶⁰ SAP Madrid de 17 de septiembre de 2001; SAP Valencia de 20 de noviembre de 2001; SAP Cantabria de 16 de septiembre de 1999; SAP Navarra de 27 de enero de 1993; SAP Toledo de 13 de septiembre de 1999.

⁶¹ SAP Valladolid de 7 de julio de 1999; SAP Barcelona de 23 de septiembre de 1991; SAP Valencia de 19 de mayo de 1999; SAP Málaga de 18 de noviembre de 1993.

⁶² SAP Alicante de 7 de julio de 1997; SAP Baleares de 19 de abril de 1999.

⁶³ Sentencia 836/2013 de TS, Sala 1ª de lo Civil, de 15 de enero de 2014, sobre igualdad de los hijos, o derecho a no ser discriminados por razón de su distinta filiación (Se discute si la posesión de estado puede constituir un medio de prueba para la determinación de la filiación en parejas homosexuales. El consentimiento para que la madre biológica empleara técnicas de reproducción asistida y que ésta pusiera como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada. Se estima la casación. <https://supremo.vlex.es/vid/divorcio-filiacion-posesion-496769262>).

⁶⁴ En relación a la protección de menores y la competencia de la Administración para acordar la suspensión del régimen de visitas de un menor con sus padres biológicos, *vid.* Sentencia n° 321/2015 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 18 de junio de 2015 (Se establece que la competencia para suspender el derecho de los padres de visitar y relacionarse con un menor acogido es del órgano judicial,

visitas⁶⁶, guarda y custodia y custodia compartida⁶⁷. Entre los criterios que todas es-

sin perjuicio de que se prevea la suspensión de este derecho por decisión administrativa.. El Centro de Protección acogida está legitimado para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada. Se estima recurso de casación y se fija doctrina jurisprudencial. <https://supremo.vlex.es/vid/576046282>); Sentencia de TS, nº84/2011, Sala 1ª, de 21 de febrero (medidas que han de tomarse para proteger al menor en los casos de situaciones de riesgo para los niños www.asesoriayempresas.es/.../sentencia-ts-84-2011-sala-1-de-21-de-febrero-menores-...). Así, los arts. 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/04, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su redacción dada por Ley Orgánica 8/15 de 22 de julio, contemplan la posibilidad de que el Juez suspenda el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, y el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él, o en todo caso, deberá pronunciarse sobre la forma en la que se ejercerán dichos derechos adoptando las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores, con un seguimiento periódico de su evolución.

⁶⁵ La Sala 1ª del Tribunal Supremo tiene sentado un cuerpo de doctrina respecto del régimen de visitas y comunicación entre abuelos y nietos. Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual debe tener siempre como guía fundamental el “interés superior del menor” si bien, y en aras de ese interés, se prevé la posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas, cuando se advierta en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia un progenitor. *Vid.* Sentencia nº111/2015 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 2 de marzo de 2015, sobre la fijación de una cantidad mínima en concepto de pensión de alimentos, en los casos de ruptura conyugal. La situación de insolvencia absoluta del padre permite la suspensión de su obligación de alimentar a sus hijos de acuerdo con el artículo 152.2 del Código Civil (mínimo vital) hasta que pueda proveer a los hijos las necesidades alimenticias que requieren. Se desestima el recurso de casación. <https://supremo.vlex.es/vid/560896970>).

⁶⁶ Sentencia nº16720/15, de TS, Sala 1ª, de lo Civil, de 18 de marzo de 2015, en relación a la comunicación entre los abuelos <https://supremo.vlex.es/vid/563126854> () .

⁶⁷ Sentencia nº 795/2011, de TS, Sala 1ª, de lo Civil, de 18 de noviembre de 2011 sobre modificación de medidas en divorcio (El recurrente no alega en ningún caso la vulneración del principio del interés del menor por la sentencia recurrida, lo que por sí solo lleva a la desestimación de este motivo del recurso. El recurso de casación debería haber examinado los argumentos utilizados en la sentencia recurrida para atribuir la guarda y custodia compartida, puesto que como se ha dicho en otras SSTs, este sistema está concebido en el art. 92 CC como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda. En el presente caso, no se ha ni tan solo alegado en el recurso de casación la vulneración del interés de las hijas del recurrente, ambas menores de edad, en cuyo único beneficio debe acordarse esta medida. Y todo ello, sin perjuicio de que vuelva a plantearse un procedimiento de modificación de medidas si concurren circunstancias para ello. Se desestima el extraordinario por infracción procesal y de casación. <https://supremo.vlex.es/vid/341999746>); Sentencia nº323/2012, de TS, Sala 1ª, de lo Civil, de 25 de mayo (Procedimiento matrimonial: Divorcio. Atribución de la guarda y custodia a la madre de manera exclusiva. Solicitud de guardia y custodia compartida por el padre. Desestimación: Falta de informe favorable del Ministerio Fiscal. Recurso extraordinario por infracción procesal: Estimación por falta de motivación. Falta de fundamentación de su decisión en el interés del menor. La determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos de

tas sentencias establecen que deben valorarse para la atribución de la guarda y custodia compartida, destacamos: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos; el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familia; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente.

A modo de ejemplo, algunas sentencias del Tribunal Supremo⁶⁸ no sólo han concretado el concepto jurídico indeterminado de interés del menor sino que ha hecho prevalecer el interés del menor sobre otros intereses en pugna en el litigio con-

los menores con cada uno de los progenitores se deja a la ejecución de la sentencia. El régimen de guarda y custodia compartida no puede concebirse como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda. www.asesoriayempresas.es/.../sentencia-ts-323-2012-sala-1-de-25-de-mayo-procedimi...); Sentencia nº623/2009 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 8 de octubre de 2009, sobre guarda, custodia y alimentos <https://supremo.vlex.es/vid/-71474558> (Esta STS ha sido reiterada por otras posteriores, tales como la STS nº257/2013 de 29 de abril (custodia compartida como la mejor opción para la custodia de los hijos comunes. <https://www.iberley.es> › Prácticos › Civil; Sentencia nº758/2013 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, de 25 de noviembre de 2013, en la que se solicita el establecimiento de la custodia compartida por haberse producido un cambio en la tendencia jurisprudencial <https://supremo.vlex.es/vid/divorcio-custodia-compartida-481796546>; Sentencia nº200/2014 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, de 25 de abril de 2014, en la que se subraya que la medida de custodia compartida, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, y se enuncian los criterios <https://supremo.vlex.es/vid/divorcio-potestad-custodia-compartida-510595954>; Sentencia nº368/2014 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, de 2 de julio de 2014, en la que se establece que ambos progenitores reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales y lo que se debe extraer de esta conclusión, más que el beneficio que van a experimentar los hijos manteniéndose bajo la custodia de su madre, es el beneficio que va a representar la custodia compartida. <https://supremo.vlex.es/vid/519779326>; Sentencia nº52/2015, de TS, Sala 1ª, de lo Civil, de 16 de febrero de 2015, sobre Adopción del régimen de custodia compartida, porque, al haber adoptado un régimen de visitas tan amplio, el cambio para la menor sería mínimo y la beneficiaría, porque serviría para normalizar las relaciones de la hija con el padre. <https://supremo.vlex.es/vid/559006414>) Entre los criterios que todas estas sentencias establecen que deben valorarse para la atribución de la guarda y custodia compartida, destacamos: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos; el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familia; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente.

⁶⁸ Las resoluciones dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo que nos permiten conocer cómo se resuelven distintos conflictos bajo el prisma del interés superior del menor han sido variadas, incluyendo cuestiones sobre competencia, filiación, gestación subrogada, exploración y audiencia de los menores, cambio de sexo, patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas, atribución del uso de la vivienda y pensión alimenticia, sin olvidar la inadmisión de la casación o los procesos de modificación de medidas. *Vid. AA.VV. Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. El interés superior del menor*, Editorial SEPIN, 2017.

creto. Así, puede citarse la Sentencia nº 565/2009 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 31 de Julio de 2009, sobre declaración de desamparo de menores. El TS establece dos cuestiones como doctrina: primero, que es procedente que el juez, cuando examine la impugnación de la declaración de desamparo, tome en consideración si existen un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se declaró, de manera que pueda determinar si los padres estén en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad; segundo, debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentren en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que el menor puede reinsertarse en la familia biológica. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor⁶⁹.

Otro ejemplo es la Sentencia 47/15 de 13 de febrero, del Tribunal Supremo, con ocasión de un conflicto acerca de la guardia y custodia de un menor, en la que se dicta que el interés prevalente del menor “es la suma de distintos factores”, y es el que prevalece en estos casos, “de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso”, concluyendo que el interés en abstracto no basta.

Por lo que respecta a la protección del derecho a la propia imagen de los menores, el Tribunal Supremo ha consolidado un cuerpo de doctrina acerca de la interpretación del art. 18 CE y de la Ley Orgánica 1/82 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen (LO 1/82 PDH), en la colisión entre el derecho a la información y el derecho del menor a la propia imagen, dando prevalencia al derecho del menor por el mero hecho de serlo⁷⁰. La pondera-

⁶⁹ Podría considerarse que esta sentencia sigue el ejemplo del art. 9 de la *Children Act británica* de 1985, en la que se establecía una serie de criterios, máximas de experiencia, medios y procedimientos para orientar la determinación del interés del menor y paralelamente su identificación a casos concretos dando soluciones desde la concreción práctica del concepto jurídico de “interés del menor”. Estos criterios se pueden aplicar a aquellos conflictos que surgen en el ámbito del Derecho sanitario, partiendo de la posición del médico como “garante de la salud e integridad del paciente menor de edad resolviendo los conflictos que se presentaban en casos de “riesgo grave” y cuando los facultativos entendieran que era imprescindible una intervención médica urgente y sus representantes o el propio menor se negaran a prestar el consentimiento.

⁷⁰ En los casos en que el derecho a la libertad de información colisiona con el derecho a la propia imagen, debe acudir a ponderar los intereses en conflicto. Para que el derecho a la propia imagen pueda oponerse legítimamente como un límite al derecho a la libertad de recibir o transmitir información es preciso (a) que las noticias difundidas carezcan de interés público, (b) que, aun siendo de interés público, carezcan de veracidad, no en el sentido de que las mismas coincidan exactamente con las acontecidas, sino en el sentido de que se haya desplegado por quien las publica la diligencia necesaria para cerciorarse de que lo que se divulga no es un simple rumor (STC

ción de intereses en conflicto permitirá dar una solución al caso concreto⁷¹. También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en relación a la protección del interés del menor sobre el derecho a la información⁷².

En la aplicación del interés menor y en su enfrentamiento con otros intereses (para averiguar el interés “superior” que le corresponde)⁷³ ya no basta el criterio de

54/2004, de 15 de abril y STC 61/2004, de 19 de abril). Como regla general, el derecho a la libertad de información ostenta una posición prevalente sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STC 134/1999, 154/1999, 52/2002). La LO 1/96 PJM reconoce el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen de los menores (artículo 4.1) e impone la intervención del Ministerio Fiscal frente a aquellos actos que puedan constituir intromisión ilegítima en esos derechos (art. 4.2). En el art. 4.3 se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

⁷¹ La prevalencia del interés del menor sobre el derecho a la información se pone de manifiesto en la Sentencia nº311/2013, de TS; Sala 1ª, de lo Civil, de 8 de mayo de 2013, en la que se inclinó por primar el interés del menor. En una campaña electoral se había producido la inclusión de un video en el que aparecía la imagen de un niño grabada previamente por la televisión pública cuando cubrió el acto de inauguración de una escuela a la que habían acudido personalidades políticas. Su imagen no tenía relevancia para la noticia que se daba y debería haber quedado en el anonimato. Puesto que no había habido consentimiento de los padres o representantes legales, la imagen del menor debía de haberse preservado. <https://supremo.vlex.es/vid/-447618742>.

⁷² La doctrina constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones dando lugar a una destacada corriente jurisprudencial que se centra en la protección específica de los derechos fundamentales del art. 18 CE, cuando sus titulares pertenecen a uno de los grupos sociales más débiles y con mayor riesgo de sufrir abusos como es el de los menores de edad. Cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 158/2009, de 29 de junio, que rechazó el amparo pedido por la sociedad editora de un periódico de tirada regional (*La Opinión de Murcia*), contra la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 13 de julio de 2006, que había desestimado el recurso de casación interpuesto por ella (núm. 2947-2000) y confirmado su condena judicial por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de un niño. Aquel Diario había publicado un reportaje divulgativo sobre las necesidades de las personas con discapacidad, que se ilustraba con una fotografía de gran tamaño, donde aparecían una profesora (de espaldas al objetivo) y, en primer plano, los rostros de dos menores a los que se identificaba como alumnos discapacitados (cuando realmente no lo eran), y sin haber recabado el previo consentimiento de sus representantes legales. Pese a efectuar luego una rectificación del reportaje, la sociedad editora fue demandada por los padres de uno de los menores fotografiados y condenada judicialmente, tanto en primera instancia como en apelación, a pagar una indemnización al pequeño, más los intereses legales desde la presentación de la demanda, y las costas procesales, por haberse entrometido de forma ilícita en su derecho a la propia imagen. (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2009, Suplemento, pp. 85 a 93; ponente: D. Manuel Aragón Reyes). También, *vid.* IGLESIA MONJE, Mª de la, “El consentimiento de ambos progenitores, la publicación de fotos en las redes sociales y el supremo interés del menor” en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 91, Nº 752, 2015, pp. 3619-3631.

⁷³ En la adopción de medidas y decisiones que tenga por objeto a los menores concurren frecuentemente otros intereses legítimos (de los progenitores, familiares o de terceros) en cuyo caso el interés del niño como principio jurídico interpretativo determina que deberán priorizarse las medidas que respondan al interés del menor a la vez que respeten los otros intereses legiti-

razonabilidad que se pudiera invocar al ponderarlos el marco del conflicto sino el de *proporcionalidad*, actualmente mejor definido: el sacrificio del (inicialmente prevalente) interés del menor, frente a otros intereses valiosos, debe obedecer, por un lado, a la finalidad de la medida de restricción (*prius* lógico, dado el carácter relacional de este principio), y por otro, a los requisitos de *idoneidad* de la medida restrictiva (que no haya otra mejor o más adecuada al caso), *necesidad* de la misma (en el sentido de ausencia de otra solución más moderada para la consecución del propósito con igual eficacia) y *adecuación y proporcionalidad stricto sensu*, es decir, que la medida sea proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés del menor que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto⁷⁴.

El juez no debe hacer una interpretación y aplicación de la norma según sus personales apreciaciones sino de un supuesto de hecho de la norma, de los hechos facticos relativos al menor (edad, salud, situación personal) para deducir de ellos los que más conviene a ese menor; por encima del interés familiar que no es un interés “orgánico” sino que debe considerarse la suma de los demás intereses y de cada uno de sus miembros y que primen sobre los intereses individuales⁷⁵. El interés al menor es prevalente, pero no exclusivo.

La aplicación de la ponderación, por parte del Tribunal Constitucional, en orden a individualizar el “interés superior del menor” puede encontrarse en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, STC de 1 de febrero de 2016, en la que, por primera vez, el TC dictamina que el interés del menor está por encima de la pugna por la custodia, amparando a una madre que se negó a restituir a su hija al padre

mos presentes, en la media de lo posible, y en caso contrario, debe primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (art. 2.4 LO 1/96 PJM) si bien valorando los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados. Además, cualquier medida que afecte a menores comporta que su adopción no solo deba tener el interés del menor como principio prioritario, sino que, deberá respetar las garantías procesales: Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso; La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos; La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses; La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas; La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos. (A. ROMERO GALLARDO, “Comentario sobre la sentencia del tribunal constitucional 208/2013, de 16 de diciembre (asunto «crónicas marcianas»: entrevista a una persona con discapacidad psíquica para ridiculizarla, emitida por televisión e internet)” en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº35, enero de 2015, pp.26-27. Disponible en: www.jcyl.es/web/.../Alfredo%20Romero%20digital.pdf?..). (Acceso 02.04.2017).

⁷⁴ STC 207/1996, de 16 de diciembre.

⁷⁵ STC 28/2001, 1 de Febrero.

imputado por maltrato, por no haberse ponderado adecuadamente el interés superior del menor⁷⁶.

Por último, en el ámbito supranacional, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁷ se han pronunciado a favor del interés del menor. El TDEH ofrece una amplia jurisprudencia en la que se dictamina contra la vulneración de derechos de los menores mediante prácticas tales como maltratos corporales, castigos impuestos por docentes, maltrato sexual, toma y difusión de imágenes de menores, protección frente a los

⁷⁶ El TC dicta esta sentencia a raíz del recurso de amparo que presentó la española D. V. porque la Audiencia Provincial de Madrid, sin valorar que la niña estaba integrada ya en España, la obligaba a entregar a su hija de 5 años al padre suizo residente en aquel país que además, estaba imputado por un delito de violencia de género contra ella. Se trata de la primera vez que el Constitucional aborda esta cuestión, para la que no existe doctrina y que está regulada en el Convenio de la Haya sobre la restitución de menores. Sentencia disponible en: https://www.tribunalconstitucional.es/.../NP_2016_006/2015-02937STC.pdf. Los argumentos de la Sala para estimar el recurso se encuentran en los siguientes fundamentos de derecho (la cursiva es nuestra):

6. (...) *cuando, como ocurre en el caso de autos, la resolución judicial controvertida afecta a un menor, la adecuación constitucional de la motivación debe evaluarse en función del principio del interés superior del menor*, que con carácter general proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 al disponer que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1). *Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales* (SSTC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4, y 47/2009, de febrero, FJ, 3 entre otras) (STC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6).

De esta suerte, el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7). [...] En consonancia con ello, hemos considerado que la fundamentación debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que “hay una absoluta falta de ponderación del citado principio” (STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 5) o *que es legal y constitucionalmente inviable una motivación y fundamentación en derecho ajena a este criterio* (STC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6), y hemos afirmado que *el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada* (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6).

10. En consecuencia, *la situación de integración de la menor, por exigencia del principio de interés superior de la misma, imponía una valoración, omitida en la resolución impugnada, que ponderase el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual, incrementada con la presencia de un nuevo miembro en el contexto familiar y la escolarización desde el año 2013 de la niña en España, lo que genera el reconocimiento de la insuficiencia de motivación en la resolución impugnada que es inherente al contenido constitucional del art. 24.1 CE.*

⁷⁷ El interés del menor se ha hecho primar sobre cualquier otro, como por ejemplo en cuestiones matrimoniales y de responsabilidad parental (STJUE, sala Tercera, de 1 de julio de 2010, rec. C-211/201. La LEY 141427/2010, sobre traslado ilícito de menores).

pedófilos en internet, servidumbre y trabajos forzados y obligatorios, violencia en los centros escolares, violencia en el ámbito familiar, y otros⁷⁸.

3. LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO PROCEDIMIENTO IDÓNEO PARA IDENTIFICAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La mediación, como forma de gestión positiva de los conflictos en el ámbito de intervención con menores, presenta tres áreas básicas para gestionar positivamente los conflictos como son la mediación penal, la mediación escolar y la mediación familiar⁷⁹. En el ámbito específico de la mediación familiar, y ello en cuanto suponga la intervención directa o indirecta con los menores, es donde los beneficios de la mediación en relación a la concreción del interés superior del menor se pueden manifestar con mayor claridad. La ventaja que ofrece la mediación, en orden a individualizar el interés superior del menor, en comparación con la interpretación jurisprudencial, por ejemplo, es que permite una valoración de las circunstancias y de los intereses en juego alejada de una actitud obstruccionista por parte de los padres o titulares de la guarda que difícilmente puede superarse con medidas rígidas establecidas coactivamente. El genuino sentido de la mediación apunta a la búsqueda de aquellas soluciones que mejor se adapten a los intereses de las partes en conflicto a través del procedimiento de reconducir el enfrentamiento a sus justos términos, evitando la confrontación (yo gano-tú pierdes) e intentando una gestión positiva del conflicto (yo gano-tú ganas). Precisamente, por ser el menor la parte más débil en los conflictos familiares, el punto de partida de una estructura de cooperación y no

⁷⁸ *Protection des mineurs, Cour Européenne des Droits de l'homme*, marzo 2017. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Minors_FRA.pdf (Acceso 22.05.2017); también, *vid.* la normativa del Consejo de Europa: <http://www.coe.int/fr/web/children/legal-standards>. (Acceso 22.05.2017). El TDEH se ha pronunciado en diversos ámbitos tales como el derecho al respeto de la vida familiar (derecho a adoptar (STEDH, Sección 2ª, de 22 de junio de 2004, rec.78028/2001); secuestro internacional de menores por sus propios padres (STEDH, Sección 2ª, de 10 de julio de 2012, rec.4320/2011. LA LEY 133082/2012); exclusión del derecho de visita de sus hijos menores por razón de la enfermedad mental del padre (STDEH, Sección 5ª, Sentencia de 10 de mayo de 2007, rec. 76680/2001. LA LEY 52448/2007), o conectando el derecho al respeto de la vida familiar con la prohibición de discriminación (imposición de restricciones en los derechos de visita a su hijo, para una mujer transexual, protegiendo el interés superior del niño, STDEH, Sección 2ª, de 24 de febrero de 2009, rec.29768/2005. LA LEY 34547/2009). Sobre la jurisprudencia del TDEH y del TJUE en relación a hacer prevalecer el interés superior del menor, *vid.* Mª. I. de la IGLESIA MONJE, “Examen de la jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia” en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, año nº 90, nº 745, 2014, pp. 2459-2479.

⁷⁹ J. DÍAZ CAPPÀ, “Mediación con menores: límites jurídicos para su aplicación”. En relación a las tres ámbitos de mediación en las que la mediación gravita sobre los mismos, hay que citar la mediación familiar (distinguiendo mediación con menores y mediación para menores), mediación escolar (en la que habrá que examinar las posibilidades de ejecución del compromiso) y mediación penal (en la que habrá que analizar la capacidad del menor y, a partir de ahí, las posibilidades de aplicación de la conciliación y reparación como fórmulas de mediación). *Vid.*: <web.caib.es/IIIjornades_menors/documents/castellano/ponencia_cast_jdiazcappa.pdf>.

adversarial, como es la que ofrece la mediación familiar, redonda en un beneficio para los menores.

El ámbito específico de la mediación familiar, si es conducida por un mediador cualificado, permitirá ofrecer unas condiciones de diálogo y cooperación que, para conflictos en los que se vean afectados menores, podrá ponderar de forma certera los intereses en juego (progenitores/menores), creando un clima idóneo para oír al menor sin que sus derechos resulten afectados⁸⁰. Lejos de desconsiderar los criterios jurisprudenciales, por el contrario, resultarán especialmente ilustrativos para que los mediadores –que no tienen que decidir el litigio sino únicamente facilitar y ayudar a que las partes lo gestionen– puedan orientarse.

El mediador, a causa de la indeterminación relativa del contenido normativo del principio del “favor filii”, debe estar vigilante para que los acuerdos que adopten las partes respeten las normas, máxime en un contexto como es el de la mediación, donde se pretende sustituir el específico pronunciamiento judicial por el acuerdo consensuado entre las partes (supervisado por el mediador en cuanto al respeto de la legalidad)⁸¹.

Los casos en los que más claramente se pueden percibir una gestión más eficaz en relación a la protección del interés superior del menor, en el marco de la mediación familiar, son: i) Ruptura matrimonial de la pareja, en la que la relación de pareja

⁸⁰ En las Leyes Autonómicas de Mediación Familiar, promulgadas hasta el momento, se contempla el interés del menor. Sin embargo, la terminología que utilizan y el significado que se le atribuye a este concepto no son iguales en todos los casos. Unas se refieren al “interés superior del menor”, otras al “beneficio del menor o de los hijos” y, en otras ocasiones, a la “supremacía del menor”. Así, en la *Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado* (Cataluña), en sus Disposiciones Generales, ya tiene en cuenta a los menores en el Artículo 4, cuando establece que los menores de edad tienen la posibilidad de asistir a la mediación e incluso pueden hacerlo “asistidos por un defensor” cuando sea beneficioso para ellos; también en la *Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar* (Galicia), en sus Artículos 6 (Disposiciones generales) y 8 (Principios informadores), dan importancia al interés superior del menor tanto en el proceso como en las decisiones que se tomen, garantizando el bienestar de los hijos. Además, se establece la obligación por parte de los padres de promover el “desarrollo integral” de los hijos, y si se encuentran en dificultades para su desarrollo, desde la Consejería se asistirá con diferentes programas para su efectividad; la *Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León* sólo hace una referencia genérica al deber del mediador de cuidar el “interés superior del menor” (En el art.10, que regula los deberes del mediador, en el punto 5, establece: “Promover que las partes tengan en cuenta, en el ámbito de la mediación, la protección de los *intereses de los menores*, de las personas con discapacidad y de las personas mayores dependientes, así como el bienestar de los mismos en general”).

⁸¹ Con todo, en los procesos de mediación que afectan a menores es conveniente que previamente se clarifiquen algunas cuestiones tales como, en primer lugar, la participación de los hijos en el proceso de mediación (*Vid.* M. GARCÍA TOMÉ, “La mediación familiar preventiva: los hijos en el proceso de mediación familiar” en *Revista Digital Mundo Mediación*, nº8. Disponible en: www.mundomediacion.es/...mediacion/44-la-mediacion-familiar-preventiva-los-hijos-...); también, *vid.* M^a. I. de la IGLESIA MONJE, “El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar” en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, año nº 93, nº 759, 2017, pp. 345-369); en segundo lugar, la naturaleza contractual de la mediación; y, en tercer lugar, la mediación familiar con menores e interés público.

termina pero la relación parental continúa⁸². La mediación podrá ayudar a la elaboración de un plan de parentalidad responsable en el que se prevea el mejor sistema, según la edad de los hijos⁸³; ii) Aspectos accesorios en las acciones de filiación:

⁸² T. Bernal subraya las ventajas para los menores de acudir a la mediación en lugar de ir a los tribunales: “El conflicto que se produce cuando la pareja se separa es inevitable, y las formas de resolverlo mediante la coacción no ayudan a su resolución, más bien ocasiona consecuencias negativas para los menores y para ellos mismos. Acudir a la vía legal supone otra forma fallida de resolverlo, ya que nuestras leyes procesales se basan en la acusación y en la defensa, manteniendo también un sistema de confrontación poco adecuado para resolver el conflicto. Con esto sólo se consigue involucrar a los menores en el conflicto y agudizarlo. Las parejas con hijos necesitan un contexto adecuado donde resolver sus discrepancias, de manera que puedan poner fin a su relación de pareja y acordar cómo organizar conjuntamente la atención y el cuidado que sus hijos necesitan. La fórmula que sirve a este fin es la Mediación, entendida como una técnica de resolver conflictos sin que exista el esquema vencedor-perdedor, y donde las partes cuentan con la ayuda de una persona imparcial que diseña un proceso para que éstas puedan dialogar, proporcionándoles aquellas habilidades que les capaciten para tomar sus propias decisiones acerca de cómo organizar su vida futura y cómo ejercer conjuntamente sus funciones parentales”. Para los menores, que los padres lleguen a acuerdos a través de la mediación, conlleva algunas ventajas: No se involucran en el conflicto emocional de la pareja; No se introducen en el enfrentamiento judicial; Continúan relacionándose con la familia extensa; Aprendan, junto a sus familias, formas negociadas de resolver los problemas. En las distintas fases de un procedimiento de mediación (recepción, información, negociación individual, negociación conjunta, resolución y seguimiento) se contempla una fase específica, optativa, que es la “fase de información a los hijos”. El objetivo de esta fase está en dar a conocer a los hijos qué es lo que sus padres hacen en mediación; cómo intentan conseguir acuerdos, aunque elementos emocionales les dificulten pensar con racionalidad. También se les explica cómo pueden ayudarles, no interviniendo en el conflicto que sus padres mantienen y no tomando partido por ninguno. Si los hijos tienen suficiente edad, resulta útil preguntarles su parecer respecto a los acuerdos de sus padres, pudiendo matizarlos en función de sus estudios, amistades y actividades. Si presentan ideas equivocadas o sentimientos negativos en relación a la separación, se intenta corregirlos o modificarlos.” (T. BERNAL, “Mediación extrajudicial” en *Cuadernos de la Escuela Judicial. Mediación y protección de menores en Derecho de familia*, vol.5, Madrid, CGPJ, pp.1-35. Disponible en: www.atymediacion.es/.../6.%20MEDIACION%20Y%20PROTECCION%20DE%20M...; también, vid. S. HINOJOSA LÓPEZ, “Los menores ante la mediación familiar” en *Cuadernos de la Escuela Judicial. Mediación y protección de menores en Derecho de familia*, Madrid, CGPJ.

⁸³ La mejor protección del interés superior del menor mediante la mediación ha venido reafirmada por la propia jurisprudencia. Segidamente, transcribimos la fundamentación de una sentencia que estableció en proceso contencioso la custodia compartida, recomendando el instrumento de la mediación para el desenvolvimiento de las previsibles diferencias respecto de la responsabilidad parental conjunta en el futuro: SAP Barcelona de 14.12.2011 (Rollo 326/2011 / Sentencia n.º 726/2011):

«*TERCERO.*—La decisión de estimar el recurso y establecer el ejercicio conjunto de la custodia implica la necesidad de que las responsabilidades sean distribuidas entre los progenitores. En este aspecto la organización de los espacios de convivencia del menor, el seguimiento de su proceso escolar y de las necesidades médico-sanitarias, deben ser consensuadas por el padre y la madre del menor, que también deben acordar el resto de los capítulos que engloba la prestación alimenticia. *El tribunal no puede contemplar todas las circunstancias que concurren en la actualidad (ni prever las que de forma cambiante se han de producir en el futuro) y, sin embargo, ha quedado acreditado que los litigantes tienen capacidad suficiente para establecer la comunicación adecuada entre ellos en beneficio del hijo menor*, porque lo han demostrado en épocas anteriores. Es

La práctica forense ha puesto de manifiesto que existen aspectos accesorios en las acciones de filiación, especialmente los relativos a las medidas consecuentes con su declaración, que pueden ser perfectamente negociables, e incluso que es conveniente que lo sean en beneficio de los propios hijos, tales como las relaciones entre el niño y el progenitor cuya filiación se pretende, las cuestiones de naturaleza alimenticia o la cobertura de necesidades educacionales y sanitarias, que pueden ser propuestas por las partes de consuno para su aprobación por el tribunal, tras el informe del Ministerio Fiscal. Con respecto a la adopción y la problemática del derecho de personas adoptadas a conocer su propio origen biológico, la mediación se ha revelado adecuada para gestionar las fuertes emociones que subyacen y gestionar positivamente los conflictos que pudieran surgir; iii) Casos de secuestro parental internacional: El Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores –conocido como Convenio de sustracción de La Haya– “establece un mecanismo civil para asegurar la pronta restitución de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita de su país de residencia habitual” (*National Center for Missing and Exploited Children*, 2013)⁸⁴.

Sin embargo, la mediación proporciona medidas escasas para cuando los menores son retenidos ilícitamente mediante la custodia de un progenitor en el país de residencia habitual⁸⁵. El altísimo nivel de conflicto, las diferencias idiomáticas

cierto que las tensiones derivadas del presente litigio han deteriorado el sistema de comunicación que, basado en el respeto y la colaboración, estuvo presente en los primeros años de la separación de los litigantes, *por lo que se ha de requerir a ambos progenitores para que se sometan a un proceso de mediación con el objeto de que el ejercicio de las responsabilidades parentales responda a las necesidades actuales del hijo*, máxime cuando el mismo presenta problemática conductual en la relación con la madre y en el desenvolvimiento escolar, y se hace necesario que los dos progenitores obren de consuno tras recibir la orientación y las pautas educativas de los especialistas en educación infantil.” (P. ORTUÑO, “La mediación familiar” en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº29, enero 2013, pp.13-14. Disponible en: www.jcyl.es/junta/cp/boletin/Revista_Juridica_29.pdf). (Acceso el 04.04.2017).

⁸⁴ Conviene partir de diferenciar la sustracción internacional de menores de la retención de menores. En primer lugar, se produce la sustracción internacional de menores cuando un menor es trasladado ilícitamente a un país distinto de donde reside habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, o en aquellos casos en que el padre o la madre se haya trasladado con el menor para residir en otro país, e impida al otro progenitor que tenga atribuido el derecho de visita ejercerlo. En segundo lugar, el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos cuando se produzcan cualquiera de los siguientes supuestos: i) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; ii) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. <http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/cooperacion-juridica/sustraccion-internacional> (Acceso 22.05.2017).

⁸⁵ A.R. ZEMANS, “La investigación emergente de la mediación en casos de secuestro parental internacional” en *Revista de Mediación. ADR, Análisis y Resolución de Conflictos*, Volumen 8, 2015, Nº. 2. Disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/la-investigacion-emergente-la-mediacion-casos-secuestro-parental-internacional/>. También, vid. S. RUIZ DE LA CUESTA

entre las partes y los operadores jurídicos implicados ofrecen un entorno de una gran complejidad. En estos casos, la mediación ofrecerá la posibilidad de limitar el daño que se provoca en el menor manteniendo un conflicto abierto entre sus progenitores y mermando su indispensable estabilidad. Como señala Caso Señal, el problema es que las consecuencias perjudiciales sobre los menores pueden llegar a ser irreparables, pues: i) A mayor tiempo de interrupción de la relación, más dificultades aparecen para restaurar esa relación; ii) A menor edad del menor, más difícil es mantener el lazo afectivo e incluso el idioma de relación. Si el menor, a muy corta edad, es trasladado de un lugar a otro con lengua distinta, y el progenitor que ostenta su guarda no mantiene el idioma del lugar de residencia inicial, el menor pierde un vehículo esencial para su relación: el propio idioma; iii) A mayor distancia entre los progenitores, más difícil es el ejercicio de la coparentalidad sobre todo en el caso de menores que no pueden viajar solos⁸⁶.

La adecuada potenciación de la concreción del “interés superior del menor” sólo se podrá conseguir a partir de aunar fuerzas entre todos aquellos que trabajan con el Derecho de familia de menores. Por una parte, especialistas implicados (abogados, jueces, operadores jurídicos, psicólogos, trabajadores sociales), y por otra parte mediadores, profesionales todos ellos que encuentran un marco idóneo de colaboración en la mediación intrajudicial. La mediación intrajudicial, en estrecha colaboración con el Ministerio Público, encargado de velar por los derechos del menor, permitirá beneficiarse tanto en un primer momento de las ventajas de una gestión flexible y cooperativa a través del mediador, como de las garantías constitucionales y procesales que corresponden a la protección integral del menor (derechos fundamentales, interés superior del menor frente a otros intereses y, en definitiva, “protección integral del menor”).

4. A MODO DE REFLEXIONES FINALES

La presencia de conceptos vagos e indeterminados en el ámbito legislativo, conlleva algunos inconvenientes pero también ventajas, si se interpreta adecuadamente la correspondiente “zona de penumbra”, siempre en perpetua conexión con el examen del caso, y fundamentado en su justeza interna, es decir su utilidad, oportunidad y conveniencia para satisfacer las peculiaridades del caso. Entre sus principales ventajas destacan las más amplias y mejores posibilidades de adaptación al específico supuesto que se pretende resolver ofrecidas por una genérica mención, que no constriñe al encargado de aplicar la norma a hacerlo con sometimiento a la estrechez de unos parámetros predeterminados, permitiéndole una flexibilidad adecuada a las concretas circunstan-

FERNÁNDEZ, “El contexto necesario para el avance de la mediación en la sustracción internacional de menores” en *Revista Internacional de Mediación*, nº1 Esther Souto Galván (Directora), Madrid, Dykinson, 2014.

⁸⁶ Vid. M. CASO SEÑAL, “La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores” en *Revista de Mediación. ADR, Análisis y Resolución de Conflictos*, Volumen 8, segundo semestre 2011, Disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/la-mediacion-en-los-conflictos-transfronterizos-de-sustraccion-de-menores/>.

cias que se deben valorar. Esta dimensión resulta especialmente útil en la ponderación del concepto jurídico indeterminado del “interés superior del menor”. Entre las desventajas que, por otra parte, puedan derivar de los conceptos jurídicos indeterminados reseñamos que esta indeterminación normativa plantea el inconveniente de que esta indeterminación del emisor, se acaba trasladando al receptor y, por ende, al aplicador del Derecho. Esto determina la singular relevancia que en este ámbito adquiere la sensibilidad, formación y perspectiva de los operadores jurídicos en orden a la estimación de la situación planteada, lo que en definitiva se traduce en una palpable inseguridad jurídica manifestada en la disparidad de soluciones (como en las decisiones jurisprudenciales) que respecto de un mismo caso se pueden llegar a ofrecer. Flexibilidad y seguridad jurídica deben encontrar su adecuado punto de equilibrio. Tres son básicamente los campos desde cuyo ámbito se aportan componentes relevantes que permiten dotar de un cierto contenido material al genérico concepto del interés superior del menor: el normativo, el doctrinal y el jurisprudencial. Con todo, estos criterios concretizadores no son tan homogéneos como sería deseable ya que hay sentencias un tanto dispares sobre algunos temas. Ello nos lleva a defender la conveniencia de establecer unos mínimos criterios de determinación del interés del menor, método que sin duda reduciría la inseguridad jurídica que se percibe ante la señalada vaguedad del Derecho por un lado y la discrecionalidad judicial por otra.

Al menor, como titular de sus derechos fundamentales, se le deben de garantizar y tutelar los derechos fundamentales que, como tal sujeto de derechos, le corresponden. Esto implica que el principio “interés superior del menor” se implanta como criterio hermenéutico imprescindible para alcanzar el auténtico sentido de aquellas normas que impliquen a un menor de edad y constituye una garantía que da prioridad a los derechos fundamentales del niño sobre cualquier otro derecho concurrente en tanto lo requiera el bienestar del propio menor, si bien valorando también los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados. Por tanto, la concreción de este concepto jurídico indeterminado exigirá la ponderación de intereses legítimos concurrentes. La razón última de la defensa prevalente del interés del menor aparece localizada en la circunstancia de su minoría de edad, es decir, en su condición de personalidad humana en desarrollo, que el legislador valora como susceptible de una mayor vulnerabilidad y, por consiguiente, merecedora de una mayor protección jurídica, puesto que la condición de persona de un menor no lo diferencia de un sujeto mayor de edad.

Por último, la mediación familiar, procedimiento que facilita la gestión positiva de los conflictos y que sean las propias partes quienes tomen sus decisiones, se ha revelado como un instrumento idóneo para proteger al menor e identificar su interés superior en numerosos conflictos familiares en los que los menores se ven afectados. Y ello se justifica en la medida en que las decisiones que se adoptan en un núcleo familiar, tras la ruptura de la pareja, revisten gran complejidad y tendrán un reflejo vital en el desarrollo futuro del niño. Por ello, decisiones tales como qué progenitor va a vivir el niño, el aseguramiento del contacto con ambos progenitores y con su familia más extensa (abuelos, tíos), su atención económica y la búsqueda de sus mejores condiciones emocionales, y tantas otras, si son adecuadamente conducidas por un mediador, con las técnicas características de un procedimiento de mediación

(comunicación, cooperación entre las partes, buena fe, voluntariedad) unido a un ambiente más proclive para oír al menor –si se estima oportuno por razones de edad– permitirá una más clara asunción de responsabilidades por parte de los progenitores, y les permitirá más fácilmente que el bienestar del menor sea el eje prioritario de sus acuerdos. El hecho de que a la mediación lleguen las partes de forma voluntaria y con un espíritu cooperativo, ya supone una gran ventaja con relación a si llegan a los tribunales, en la medida en que en este último caso, suelen estar dominados por un deseo de venganza con respecto a la otra parte, lo que acabará repercutiendo muy negativamente en los hijos. En las sesiones de mediación se podrá ponderar, en un ambiente de mayor tranquilidad, todos los intereses en juego y establecer las mejores condiciones para el desarrollo y bienestar del menor. El escenario de la mediación es diferente al de un Juzgado y, sin minusvalorar el gran esfuerzo y responsabilidad de los jueces en cuanto a velar por el interés de los menores, difícilmente podrán conocer los entresijos de ese núcleo familiar (porque se le oculten, porque por razones de tiempo no se pueda indagar más u otras). El hecho de que ambos progenitores puedan comprender todas las necesidades que tiene el menor, y no de que sea las impongan, contribuye a un cumplimiento mucho más efectivo de los acuerdos que cuando se establecen mediante una sentencia.

En definitiva, la mediación familiar, la penal y la escolar están llamadas a constituir, en el futuro, poderosos instrumentos en orden a ayudar a ponderar y concretar el interés superior del menor en el marco de los conflictos en los que más habitualmente se ve inmerso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV. *Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. El interés superior del menor*, Editorial SEPIN, 2017.
- AÑÓN CALVETE, J., “Interés del menor. (A propósito de la L.O. 8/15 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia)” en *El Derecho.com* (29.09.2015) http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Interes-menor_11_865180001.html. (Acceso 13.10.2016).
- ARA PINILLA, I., *Teoría del Derecho*, Taller Ediciones J.B., Madrid, 1996.
- ARA PINILLA, I., “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, BOE-Ministerio de Justicia, 2004, pp. 107-124. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-2004.
- ASÍS ROIG, R. (de) *Jueces y normas, la decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid, Marcial Pons, 1995.
- ASÍS ROIG, R. (de) *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005.
- BERNAL, “Mediación extrajudicial” en *Cuadernos de la Escuela Judicial. Mediación y protección de menores en Derecho de familia*, vol.5, Madrid, CGPJ, pp.1-35. Disponible en: www.atymediacion.es/.../6.%20MEDIACION%20Y%20PROTECCION%20DE%20M

- BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del derecho*, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, 1980.
- BREWER, A. *La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa*, 2005. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2396/12.pdf>.
- CALVO GARCÍA, M., “La protección del menor y sus derechos” en *Derechos y Libertades*, nº2, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 1994, pp.177-200.
- CASO SEÑAL, “La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores” en *Revista de Mediación. ADR, Análisis y Resolución de Conflictos*, Volumen 8, segundo semestre 2011, Disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/la-mediacion-en-los-conflictos-transfronterizos-de-sustraccion-de-menores/>.
- CAMPOS DAROCA, J. M^a., *Justiprecio y expropiación forzosa: valoraciones, tratamiento procesal, sustantivo y tributario*. Barcelona, 2010. Disponible en: <http://www.casadellibro.com/libro-justiprecio-y-expropiacion-forzosa-valoraciones-tratamiento-procesal-sustantivo-y-tributario/1705318/29000013838>.
- CARBONNIER, J. “Postface. Toute loi en soi est un mal?” en *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat de Frénois, 1979, pp.281-298.
- DÍAZ CAPPÀ, J., “Mediación con menores: límites jurídicos para su aplicación”. Disponible en: weib.caib.es/IIIjornades_menors/documents/castellano/ponencia_cast_jdiazcappa.pdf.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional” en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Parte Comentario (2013). Io, 1.
- DÍEZ-PICAZO, L., “Principio de protección integral de los hijos (Tour pour l’enfant)” en *La tutela de los derechos del menor: I Congreso Nacional de Derecho Civil*. Córdoba, España, 1984, pp. 127 y ss.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. al español de M. Gustavino, Barcelona, Ariel, 1995.
- ENDICOTT, T., “El derecho es necesariamente vago”, trad. de J. Alberto del Real Alcalá, en *Revista Derechos y Libertades*, Nº. 12, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid /Boletín Oficial del Estado, 2003.
- ENDICOTT, T., “The Value of Vagueness”, en V. Bhatia, J. Engberg, M. Gotti y D. Heller (EDS.), *Vagueness in normative texts*, Peter Lang, Bern, 2005.
- ENDICOTT, T., *La vaguedad en el derecho*, trad. de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2007.
- FULLER, L.L., *La moral del Derecho*, vers. de F. Navarro, México D.F., Editorial F. Trillas, 1967.
- FULLER, L.L., *Anatomía del Derecho*, vers. de L. Castro, Monte Ávila editores, Editorial Arte, 1969.

- GARCÍA, N., “¿Conocemos bien el marco jurídico que arroja el interés del menor” . Disponible en: <https://blog.sepin.es/2017/02/marco-juridico-interes-menor/>.
- GARCÍA GOMEZ DE MERCADO, F., *El justiprecio de la expropiación forzosa: estudio de su determinación y pago, con especial consideración de las valoraciones urbanísticas*, 7ª ed., Granada, Comares, 2016.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 10ª ed., Madrid, Civitas, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, 6ª ed., Madrid, Civitas, 1995.
- GARCÍA TOMÉ, M., “La mediación familiar preventiva: los hijos en el proceso de mediación familiar” en *Revista Digital Mundo Mediación*, nº8. Disponible en: www.mundomediacion.es/...mediacion/44-la-mediacion-familiar-preventiva-los-hijos
- GARRIDO GÓMEZ, Mª.I., *La política social de la familia en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2000, espec., pp.163-169.
- GASCÓN ABELLÁN, M.F., “La teoría general del Garantismo” en CARBONELL, M., SALAZAR, P. (Editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2005, pp. 21-40.
- ORTEGA GUERRERO, I. “El principio de interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la unión Europea” en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol.2, nº3, 2002, pp.87-108. Disponible en: www.masterforense.com/pdf/2002/2002art18.pdf.
- HART, H.L.A., (1956) “Discrecionalidad”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº37, Universidad de Alicante, 2014, trad. de J.R. de Páramo, p.85-98.
- HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de Derecho*, edic. de P. A. Bullock y J. Raz, estudio preliminar, notas y bibliografía de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México D.F., 2000.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., “La motivación de las Sentencias” en *Revista Vasca de Administración Pública*. Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria, nº 31, 1991, pp. 143-160.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., “Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa”, en *Revista española de derecho administrativo*, nº 92, Madrid, Civitas, 1996, pp.535-554.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., “El indeterminado concepto de los «conceptos indeterminados», en *Revista Vasca de Administración Pública* nº 56, 2000, pp. 145-162.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., “Discrecionalidad y motivación (algunos aspectos teórico-generales)” en *Revista Vasca de Administración Pública*, Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria nº 64, 2002, pp. 113-144.

- IGARTUA SALAVERRÍA, J., *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., "El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo" en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº40, Universidad de Granada, 2006, pp. 59-78.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009.
- IGLESIA MONJE, M^a. I. de la, "Examen de la jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia" en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, año nº 90, nº 745, 2014, pp. 2459-2479.
- IGLESIA MONJE, M^a. I. de la, "Concepto de allegados y el interés superior del menor" en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, año nº 91, nº 751, 2015, pp. 2871-2892.
- IGLESIA MONJE, M^a I. de la, "El consentimiento de ambos progenitores, la publicación de fotos en las redes sociales y el supremo interés del menor" en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 91, Nº 752, 2015, pp. 3619-3631.
- IGLESIA MONJE, M^a. I. de la, "El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar" en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, año nº 93, nº 759, 2017, pp. 345-369.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (1934). *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Presentación de G. Robles, Madrid, Trotta, 2011.
- LIFANTE VIDAL, I., "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica" en *DOXA*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº25, Alicante, 1989, pp.5-58. Disponible en: <publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD35807720.pdf>.
- MARTÍNEZ VARES GARCÍA, S., "Eficacia, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados", en *Cuadernos de derecho judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Madrid, 1994, pp. 65-109.
- MIRAUT MARTÍN, L., "Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XIX, Madrid, BOE-Ministerio de Justicia, 2002, pp.377-399.
- MIRAS, J., "Concepto jurídico indeterminado" en Otaduy, J; Viana, A; Sedano, J. (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, vol.II, pp. 346-347. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10171/28150> (Acceso 09.10.2016).
- MORESO, J.J., *La indeterminación en el derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- NUÑEZ PACHECO, M., *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería. Controversias y soluciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Corporación Editora Nacional, 2013. Disponible en: <repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4038/.../SM132-Nuñez-Los%20conceptos.pdf>. (Acceso 10.10.2016).

- ORTEGA GUERRERO, I., “El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea” en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol.2, nº3, 2002, pp.87-108.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, D., *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española. Un avance doctrinal hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística*, Madrid, Dykinson, 2009.
- ORTUÑO, P., “La mediación familiar” en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº29, enero 2013, pp.13-14. Disponible en: www.jcyl.es/junta/cp/boletin/Revista_Juridica_29.pdf. (Acceso el 04.04.2017).
- OTERO PARGA, M. M^a., “La cuestión de la única respuesta judicial correcta” en Jorge Guillermo Portela, Francisco de Paula Puy Muñoz (Coords.) *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004 pp. 297-32.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1994.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *Nuevos retos del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías*, Cuadernos de la Cátedra de democracia y Derechos humanos, nº2, Alcalá de Henares, 2010.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” en *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2, 2012, pp. 89-108. Disponible en: www.unav.edu/matrimonioyfamilia/observatorio/.../31790_Ravetllat_E2012_Interes. (Acceso 02.03.2017).
- REAL ALCALÁ, A. (del) “Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley constitucional El término “nacionalidades” como concepto jurídico indeterminado” en *FORO. Revista de Derecho*, Quito, UASB-Ecuador/CEN, 2003.2004, pp.127-156.
- REAL ALCALÁ, A. (del) “Ámbitos de la doctrina de la indeterminación del Derecho”, en *Jueces para la Democracia*, Madrid, n.º 56, Madrid, julio/2006, pp. 48-58.
- REAL ALCALÁ, A. (del) “Deber judicial de resolución y casos difíciles”, en *Panóptica-Revista Académica de Direito*, Vitória (Brasil), n.º 18, março-junho 2010, pp. 40-60.
- REAL ALCALÁ, A. (del) “El problema de la vaguedad en la legislación” en *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº3, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, pp.1-16.
- REAL ALCALÁ, A. (del) “La ‘doctrina de la completitud’ del Derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo”, en VV. AA., *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba* 4 volúmenes, volumen II, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 423-447.
- REAL ALCALÁ, A. (del) “La indeterminación del Derecho”, en VV.AA., *El Derecho en perspectiva. Homenaje al Maestro José de Jesús López Monroy*, Editorial Porrúa, México DF, 2009, pp. 279-300.
- REAL ALCALÁ, A. (del) Cuestionamiento contemporáneo del ‘ideal de certeza del Derecho’: Hart-Zagrebelsky-Endicott”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*

- do, nueva serie, n.º 131, *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, Mayo-Agosto 2011.
- REDONDO, M^a. C., “Teoría del Derecho e indeterminación normativa”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º20, CEC-Universidad de Alicante, 1997, pp.177-196.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, 2^a ed., Madrid, Dykinson, 2007.
- ROMERO GALLARDO, A., “Comentario sobre la sentencia del tribunal constitucional 208/2013, de 16 de diciembre (asunto «crónicas marcianas»: entrevista a una persona con discapacidad psíquica para ridiculizarla, emitida por televisión e internet)” en *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º35, enero de 2015, pp.1-40. Disponible en: www.jcyl.es/web/.../Alfredo%20Romero%20digital.pdf?... (Acceso 02.04.2017).
- RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, A., “El contexto necesario para el avance de la mediación en la sustracción internacional de menores” en *Revista Internacional de Mediación*, n.º1 Esther Souto Galván (Directora), Madrid, Dykinson, 2014.
- SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad Administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.
- TERÁN PIMENTEL, M., “Sobre un concepto de interés superior del menor” en *Anuario de Derecho*, Año 31, n.º 31. Enero-diciembre 2014, Mérida-Venezuela, pp.13-34. Disponible en: www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/40958/1/articulo1.pdf. (Acceso 03.03.2017).
- ZEMANS, A.R., “La investigación emergente de la mediación en casos de secuestro parental internacional” en *Revista de Mediación. ADR, Análisis y Resolución de Conflictos*, Volumen 8, 2015, N.º. 2. Disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/la-investigacion-emergente-la-mediacion-casos-secuestro-parental-internacional/>.