

SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SU TRASCENDENCIA EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

José Carlos de Bartolomé Cenzano
Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional
Universitat Politècnica de València

Resumen

En el artículo se analiza los problemas reales en España sobre la desprotección de los menores y las soluciones que han propuesto por la doctrina y la jurisprudencia civil y penal en España. Se repasan algunos estudios recientes sobre la situación real de los menores en nuestro país y las pocas medidas efectivas que se contemplan desde las normas y las políticas vivas focalizadas hacia este débil colectivo. A continuación el estudio se centra en un análisis jurídico y constitucional sobre el denominado interés superior del menor.

Se pretende profundizar en las claves hermenéuticas que deben guiar la prolija y variada interpretación de este interés superior conectado a los supuestos de hecho concretos. Se estudia el concepto desde muy variados puntos de partida y se parte del concepto clave contenido en el art. 10 de la Constitución Española de la dignidad de la persona para proceder a continuación a reseñar los elementos más importantes que deben guiar la aplicación justa del derecho por parte del operador jurídico. Se analiza así mismo los criterios de interpretación auxiliares para conseguir la justicia material. Dichos criterios no son normativos, son jurisprudenciales y doctrinales y sirven para realizar la labor de subsunción del caso en la norma y ponderar con éxito las diversas circunstancias que convierten a un caso en único.

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, pero ello no significa que se deba convertir en un concepto de valoración arbitraria o generador de inseguridad jurídica, por ello el artículo se centra en los puntos clave que deben vehicular la ponderación, tales como la razonabilidad, la racionalidad y proporcionalidad de medios y fines.

No se pretende reglamentar la labor de ponderación del operador jurídico, generalmente la magistratura, pero sí de pautar dicha labor y derramar alguna dosis de claridad para llegar a una solución justa, razonable y ajustada a las circunstancias reales del caso cuando hay menores.

Palabras clave: interés superior del menor, protección a menores, proceso de menores, interpretación.

Abstract

In this article are analyzed real problems of minor's vulnerability in Spain and solutions proposed by the Spanish doctrine and the civil and criminal jurisprudence. Some recent research about minor's real situation in our country and the few effective measures which are contemplated from rules and living policies focused on this weak group are reviewed.

Is intended to deepen in hermeneutical clues that should lead the neat and diverse interpretation of this interests connected to the specific facts. The concept is studied from many starting points and it is started from the key concept included in the 10 art. of the Spanish Constitution about the human self-respect and then proceed to point out main elements that should lead fair application of the law by the legal operator. It is also analyzed the auxiliary interpretation criteria to achieve the material justice. These criteria are not normative, are jurisprudential and doctrinal, and serve to make the work of subsumption of the standard in the case and successfully weigh the various circumstances that make a unique case.

The superior minor's interest is a indeterminated legal concept, but this doesn't mean that must become into a concept with arbitrary valuation or legal insecurity generator. That is why the article is focused on main points that should guide the weighting, such as reasonableness, rationality and proportionality of means and purposes.

Is not pretended to regulate the legal operator weighting task, usually the magistracy, but to rule that work and spill some clarity to reach to a fair and reasonable solution fitted to real circumstances of the case when minors are involved.

Keywords: superior welfare of the minor, minors' protection, minors' procedure, interpretation.

1. BREVE REFERENCIA AL PROBLEMA DEL MALTRATO Y OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA INFANTIL EN ESPAÑA

El maltrato infantil puede definirse como cualquier acción que no es de tipo accidental y que comporta cualquier forma de abuso (emocional, físico o sexual) o descuido (emocional o físico) hacia un menor de dieciocho años, que es realizada por su progenitor o cuidador principal, por otra persona o por cualquier institución, y que amenaza el adecuado desarrollo integral del niño.

La doctrina suele diferenciar entre los malos tratos de la etapa prenatal, postnatal e institucional, y lo cierto es que bien sea por abuso o por abandono, los niños suelen sufrir situaciones de desamparo que requieren especial protección, lo mismo en el ámbito intrafamiliar que institucional.

En el ámbito nacional y autonómico valenciano existe un núcleo esencial de protección que se contiene en cinco normas básicas, con carácter general: la Constitución Española en su artículo 15 en defensa de la integridad física y moral de todos, en su artículo 39.4 que remite a los Tratados Internacionales; el Código Civil reformado en 1.987 dando nueva redacción a los artículos 154 y 174 y ss respecto de la patria potestad y la tutela y acogimiento de los menores.; la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor; y en la Comunidad Valenciana, la Ley de la Infancia 7/1994 de 5 de diciembre, así como el Reglamento de medidas de protección jurídica del menor, aprobado por decreto 93/2001 de 22 de mayo por el Gobierno Valenciano.

Lamentablemente, Los medios de comunicación se hacen eco cotidianamente de hechos en los que los menores sufren algún tipo de maltrato, o incluso el peor y más macabro desenlace que nos podamos imaginar, como por ejemplo el reciente caso de "la finca de las quemadillas", en estos momentos "sub iudice", cuyo desenlace parece próximo con el peor final que nos podamos imaginar.

No existen datos claros y sistemáticos que permitan saber si el menor en nuestro país es, cada vez más, víctima de situaciones de violencia. Lo que sí sabemos es que están aumentando las denuncias cuando existe maltrato contra menores en el ámbito familiar¹.

Una investigación realizada por la Fundación Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, con datos del Ministerio del Interior sobre menores maltratados en el ámbito familiar en España (fuente que recoge los datos proporcionados por la Policía Nacional y por la Guardia Civil, sin incluir los de la Policía Autónoma Vasca ni los de los Mossos d'Esquadra) señala que la incidencia de los menores maltratados en nuestro país entre el año 2.000 y el 2.004 ha aumentado un 108,67%. La prevalencia por cada mil menores en este periodo ha tenido una evolución similar, ya que el incremento se sitúa en un 102,56% y esta cifra a día de hoy aumenta con una progresión geométrica. Una de las causas que se apuntan como más importante es la profunda crisis económica que estamos viviendo y que se vincula directamente a todas las formas de violencia proyectadas sobre los colectivos más vulnerables.

Además, la incidencia del maltrato es mayor en los menores de 13 años. Son más las niñas que los niños maltratados y, entre ellas, el incremento del maltrato también ha sido superior. Entre los menores de 16 y 17 años hay, sin embargo, una mayor prevalencia. También es superior entre las niñas con respecto a los niños por lo que la diferencia por sexos se incrementa.

De todas formas si se analizan estas situaciones en comparación con la violencia de género o el maltrato a ancianos en el ámbito familiar, se podría concluir que el maltrato infantil en la familia evoluciona de una manera similar al que sufren otros grupos sociales. El maltrato contra las mujeres y ancianos ha aumentado también de una manera alarmante durante los últimos años.

De otra parte, tampoco resulta sencillo detectar el maltrato en el ámbito sanitario. En primer lugar el niño debe llegar a los centros sanitarios, pero además están los problemas derivados de la necesidad de la certeza médica y de la posibilidad de un falso diagnóstico, la falta de formación acerca de los indicadores de malos tratos y los problemas que supone destapar una situación personal conflictiva y responsabilizar a alguien del daño. En cualquier caso, en los servicios de urgencia de los hospitales se descubren un buen número de casos, ya que existe un protocolo específico de detección, en el que a partir de la

¹ Según el periódico El Mundo en nuestro país, se estima que entre cinco y 15 niños de cada 1.000 sufren maltratos, aunque sólo se detectan entre un 10% y un 20% del total de casos, según datos de la Sociedad Española de Urgencias Pediátricas (SEUP). El doctor Sánchez Etxaniz ha explicado a ELMUNDO.es que, en su hospital -y a falta de datos más completos- no se ha detectado un aumento de casos asociados a la crisis, al contrario de lo ocurrido en el estudio estadounidense.

Sin embargo, los expertos consideran que "determinadas omisiones, como dar una alimentación inadecuada o insuficiente al niño, son también una forma de maltrato". Lo mismo ocurre con el llamado síndrome del niño zarandeado, que genera daños craneales al bebé tras ser sacudido con fuerza y puede estar vinculado a situaciones de estrés.

"El hecho de que alguien esté agobiado y pierda el autocontrol es un factor de riesgo", según explica Sánchez Etxaniz. De igual modo, se tienden a "aplicar castigos con violencia desmedida cuando se está preocupado", recuerda este especialista (EL MUNDO, 2012)

observación de múltiples datos se sospecha de la existencia de un delito de maltrato, lo que conlleva la notificación del caso al Juzgado.

Debemos huir de los estereotipos, no es cierto que los maltratadores son sólo las personas perturbadas o con problemas de adicción o que pertenecen a clases desfavorecidas económicamente. Otro mito que habría que desterrar, según señala Sanmartín, es que la violencia y el amor no coexisten en las familias. Sí existen, no obstante, una serie de factores de riesgo que inciden en el maltrato (Sanmartín Esplugues, 2008).

Los profesionales de diferentes ámbitos coinciden en afirmar que cualquier manifestación de violencia nace de una compleja interacción de factores biológicos y sociales. En relación a los problemas de salud mental como factores de riesgo de maltrato sólo un porcentaje mínimo (alrededor de un 16% de los agresores) padece algún trastorno psicológico o psiquiátrico definido, así se concluye en gran mayoría de estudios científicos.

Los agresores se suelen caracterizar por su baja autoestima, por padecer indefensión aprendida (son habituales los sentimientos de incapacidad para mejorar su vida y su situación personal), o por presentar malestar psicológico difuso. Además tienen frecuentemente creencias negativas con respecto a las características y capacidades personales de sus hijos, ven habitualmente en ellos intenciones hostiles, y pueden presentar falta de empatía, que les lleva a no reconocer indicadores de dolor y sufrimiento (habitual en los padres que fueron maltratados).

Además, existe un excesivo consumo de alcohol y de sustancias tóxicas producidas a veces por los altos niveles de estrés que pueden derivar en acciones incontroladas que al fin se proyectan contra los colectivos más débiles.

Por lo que se refiere al ámbito escolar, cuando los menores sufren otros tipos de maltrato, como el institucional o el popularmente conocido como bullying, la obtención de datos fiables se complica más al no haber un delito específico, por ejemplo, de acoso escolar.

Los condicionantes personales, sociales y familiares explican en parte el maltrato, y algunos de estos factores su creciente aumento en el seno familiar. Cuando la violencia se produce en el ámbito escolar, cuando son los propios niños o jóvenes los maltratadores, en ocasiones se observa una pérdida de autoridad de sus padres que provoca una confusión de valores grave y también una influencia de conductas sociales violentas que les invaden a través de la televisión, de Internet y de los videojuegos. Esta misma influencia les afecta en otra medida, porque tienen la sensación de que sin esfuerzo se pueden conseguir muchas cosas, cosas que exigen después de forma violenta.

Para que lo que se entiende socialmente como acoso escolar se produzca es necesario que los actos negativos sean reiterados y sistemáticos, que exista un desequilibrio entre el instigador y el blanco del mismo, y que se produzca un contraste de sentimientos entre el inductor y el maltratado, aunque es evidente que otros actos que también se dan entre niños son claras manifestaciones de violencia infantil.

A pesar de que afortunadamente el acoso escolar se denuncia más, es un fenómeno creciente. Como ocurre con el maltrato en el ámbito familiar, tanto la detección de los casos como su defensa jurídica son asuntos complicados y el principal problema para la detección parece ser el silencio que impera entre los agresores y también entre quien ha presenciado la violencia y el hecho de que el maltratado suela ocultarlo. Por otro lado es necesario que el sistema educativo se involucre más, ya que muchas veces los niños agredidos y sus familias no se sienten respaldados ni por el poder ni por los propios centros escolares.

Tanto abogados como fiscales no dudan en afirmar que la edad en la que se cometen este tipo de actos violentos está bajando, lo que supone que en ocasiones los agresores ni siquiera tengan la edad penal. En estos casos "existe muchas veces la sensación de que no hay nada que hacer. Al no existir delito sólo se puede demandar la responsabilidad civil subsidiaria porque los menores de 14 años son inimputables.

Hay problemas muy graves para la obtención de pruebas en el procedimiento civil, y también debemos tener muy presente que en ocasiones los posibles demandantes se retraen, toda vez que en el caso de no ganar, deben abonar las costas. De otra parte, los agresores pueden quedarse con la sensación de que no ha pasado nada, porque no existe ningún reproche jurídico de su conducta y, por supuesto, pueden seguir su vida normal sin que se les aplique ninguna medida reeducativa como ocurriría, en caso de que tuvieran 14 años. Ese es uno de los motivos de que muchas veces pidan una rebaja de la edad penal de cara a la próxima reforma de la Ley.

Familia y escuela. Son los dos escenarios principales en los que los niños pasan la mayor parte de su tiempo, en donde se les educa para el futuro, pensamos que estos pilares se deben robustecer desde la

propia Ley y los poderes públicos más cercanos a esta realidad, a través de un sistema más garantista y preventivo en cuanto al riesgo.

No hace mucho tiempo, hablando con el Magistrado de Valencia y Profesor de la Universidad Politécnica de Valencia, Mejías Gómez, me comentaba la necesidad de conectar la jurisdicción civil con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al objeto de establecer pautas y protocolos preventivos cuando se detecte en los procesos civiles cualquier riesgo que pudiera derivar en ilícitos penales. Pero este tipo de iniciativas, a día de hoy, son escasas y dependen de la involucración de los jueces y magistrados en la función de tutela judicial efectiva, y se trata de medidas que aunque no se encuentran de manera explícita en la Ley, se derivan directamente de nuestro sistema garantista normativo. Sólo se requiere una dosis de voluntad real, que escape al más rancio procesalismo, para ponerlas en marcha y proteger “de manera efectiva” el tan traído y llevado interés superior del menor.

2. ALGUNOS PROBLEMAS Y SOLUCIONES RESEÑABLES SOBRE EL MALTRATO FAMILIAR EN EL ÁMBITO PENAL ESPAÑOL

Por lo que se refiere a la dimensión penal en nuestro país en protección del maltrato en el ámbito familiar, El Código Penal lo tipifica en el artículo 153, además de otros delitos y faltas en los que los menores son las víctimas. Pero también en esta sede se ha detectado problemas por parte de la doctrina, pues, pese a la amplia reforma penal operada por el legislador de 1999, mediante la L.O. 14/1999, de 9 de junio, éste no previó para los autores la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, ni la incapacidad de obtenerlos durante el tiempo de condena, como se hace respecto a los delitos cometidos en el ámbito familiar en los que es pena principal, omisión que ha sido denunciada por la doctrina de manera unánime, hubo que esperar hasta la reforma operada por la L.O. 11/2003, para que se introdujese esta pena de inhabilitación especial, pero eso sí como pena accesoria. Según señala Romero Rodríguez (2005), resulta lastimoso que no se haya aprovechado ni esta ocasión, ni la última reforma operada por la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, para establecerse legalmente que la inhabilitación especial para estos roles sea una de las consecuencias jurídicas principales del delito, y no una mera pena accesoria.

Además, la reparación a dicha omisión fue reivindicada en el 2º Plan Integral Contra la Violencia Doméstica, donde se expresaba la necesidad de estudiar los mecanismos oportunos para hacer más eficaz la posibilidad legal de suspender el régimen de visitas y comunicación con el agresor respecto de sus hijos, así como, la necesidad de incorporar al delito de malos tratos la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento en los casos de violencia física o psíquica, cuando el interés del menor lo aconsejare.

Esta inquietud también fue manifestada en el Programa Dhapne de fecha 2000-2003, así como por los abogados de Derecho y Democracia, afirmándose por éstos que resultaba imprescindible que el padre maltratador perdiera la patria potestad de sus hijos, pues éstos se convierten en otro arma de maltrato hacia la madre (ABC, 2001: 57), tal como presuntamente ha sucedido en el reciente caso de “la finca de las quemadillas”.

Las consecuencias que conlleva ser testigo de malos tratos durante la infancia son, en la mayoría de los casos, irreparables, por ello, esta propuesta de “lege ferenda” venía también siendo reivindicada por todas las personas que trabajaban en O.N.G para este fin.

Así, en numerosos casos recientes no ha sido tenida en cuenta la situación de violencia familiar, a la hora de adoptar medidas. Estableciéndose el derecho de visitas para el agresor respecto a sus hijos, los cuales habían sido víctimas de la violencia doméstica ya sea de forma directa o indirectamente.

Por ello, y ante este grave problema, antes de la reforma de 2003, se propuso que se debería suspender el régimen de visitas de los menores respecto al progenitor maltratador, salvo que éste demostrase que la comunicación es buena para los hijos, y ello se expresara de manera inequívoca y así se acordase en las medidas previas de separación, dado que:

1. Los menores necesitan recuperarse psicológicamente del maltrato sufrido, lo que no será posible si no hay un distanciamiento del agresor.
2. Por estar en periodo de desarrollo y formación de conciencia, los menores no pueden discernir la anormalidad del comportamiento violento del progenitor.
3. Los patrones y valores culturales se interiorizan en el periodo de desarrollo, el mecanismo con que la violencia se perpetúa es en el aprendizaje de los modelos paternos y maternos, de tal forma que los niños mimetizan el comportamiento del padre

y las niñas el comportamiento de la madre, afectando por ello de un modo cualitativo su comportamiento de adultos (Ibidem).

De otro lado, no podemos pasar por alto que el art. 94 del C.C. establece que el juez puede suspender el régimen de comunicación de los hijos respecto al padre no custodio cuando se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen, y en igual sentido se manifiesta el legislador mediante el art. 158 del C.C. y el art 17 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.

Olmedo Cardenete afirmaba que aunque es evidente que en principio, las decisiones sobre la patria potestad son materia reservada a la jurisdicción civil, tal reserva se produce salvo una remisión expresa de la ley a otro orden, remisión que desde antes de la reforma penal de 2003, existe a la jurisdicción penal en el art. 170 C.C.

Este penalista mantiene que el art. 170 C.C. debe ser interpretado en sentido extensivo y teleológico, en favor del mejor cumplimiento del fin de la norma que no es otra que la más eficaz y pronta tutela del interés del menor. Y que la propia economía procesal y el citado interés del menor exige, que constatado por un tribunal al ejercer su jurisdicción enjuiciando un hecho concreto que le viene competencialmente atribuido, que tal hecho revela un grave incumplimiento de los deberes de la patria potestad y un daño para el hijo, no se dilate más la privación de aquella potestad que se está ejerciendo con daño grave al menor, más aún cuando ese daño, de permanecer en el tiempo, puede ser irreversible (Olmedo Cardenete, 2001).

Concluye el autor considerando que esta problemática puede darse por desaparecida con el texto punitivo de 1995, el cual ya prevé la privación de la patria potestad, tutela o curatela o guarda de hecho, como pena accesoria aplicable a este delito (ex art. 56 C.P)

Esta medida puede ser adoptada en cualquier proceso civil, penal, o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria a través del art. 158 C.C. tras la reforma operada por la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 (Ganzenmuller Roig, 2000 y Segarra Crespo, 2000: 51).

Los artículos referidos por estos autores, evidencian la voluntad del legislador, cual es que se aparte al menor del foco de riesgo lo antes posible, ya sea a través de un proceso civil o penal como bien menciona el art 158. C.C. Una voluntad que se ha manifestado nuevamente de forma expresa con esta última redacción legislativa del nuevo art. 153 C.P. Por ello, Romero Rodríguez sostiene que si no se ha venido aplicando antes de la reforma operada por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, la suspensión del régimen de visitas o del ejercicio del derecho a la patria potestad, no es por falta de marco legal sino de voluntad judicial (Romero Rodríguez, 2005).

3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO ABIERTO, TELEOLÓGICO Y GARANTISTA

3.1 Previsiones legales sobre el interés superior del menor

El principio del interés superior del menor o “favor minoris” debe entenderse como un criterio de ponderación abierto y un principio necesario inspirador de todas las actuaciones relacionadas con el menor, tanto en el ámbito administrativo como judicial.

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 vigente Ley Orgánica 1/1996 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”. Además, esta 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).

De otro lado, 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).

También la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 1826, toma como principio finalista el interés superior del menor cuando señala que “el juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción, el acogimiento o su cesación resultarán beneficiosos para el menor” (art. 1826).

Ya en el ámbito autonómico valenciano, el Decreto 93/2001, siguiendo a la Ley Orgánica 1/96, establece como principio rector de la actuación de la Administración Autonómica la supremacía del interés del

menor “sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” (art. 5.1.a), como podría ser el de las personas solicitantes de adopción (art. 63.a).

Por lo que se refiere a la protección internacional, también aquí se ha adoptado el interés superior del menor o del niño como criterio de actuación para garantizar sus derechos fundamentales y civiles. Así, debemos recordar la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, por cuanto prevé 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 especial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1)”

Principio que se reitera en el art. 9.1, al establecer que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria por el interés superior del menor, y, con relación a la adopción, en el 21, señala que: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”.

En el ámbito europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, aprobada por el Parlamento Europeo el 15 de noviembre de 2000, establece en su artículo 24 que: “En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por las autoridades públicas o instituciones privadas, el superior interés del menor constituirá una consideración primordial”.

3.2 El interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado

El interés superior del menor se concibe en nuestra legislación como un concepto jurídico indeterminado que hunde sus raíces en el propio sistema garantista de nuestra Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Y utilizamos la palabra sistema porque su sentido debe actualizarse continuamente a la realidad social en continuo cambio. Debe además formar parte, con apertura de criterios amplia, del complejo procedimiento de subsunción de la norma al caso concreto por parte del operador jurídico.

Ello ha planteado problemas doctrinales importantes por los trascendentes intereses en juego y, sobre todo, por el frágil colectivo sobre el que se proyecta su eficacia y se derivan medidas que condicionan el desarrollo de la personalidad.

Sobre este tema tan delicado, se ha dicho que independientemente de la técnica que se elija para adoptar un parámetro de conducta, y a pesar de que en la mayoría de casos ordinarios no se tenga que tropezar con graves problemas en su aplicación, en un momento dado existirán pautas indeterminadas denominadas de textura abierta, compuesta por áreas de conducta que deben ser desarrolladas por los operadores jurídicos de acuerdo a las circunstancias existentes con relación a los intereses en conflicto que varían en cada supuesto, lo que significa que el legislador no puede conocer o establecer categorías o combinaciones perfectas para una aplicación ajustada a la mejor opción jurídica.

En abstracto, en una situación de crisis familiar, el legislador ha previsto que ante todo se debe procurar satisfacer el interés del menor y de manera específica los operadores deben determinar el “iter” del contenido conceptual de este término, campo que se encuentra inexplorado antes del conocimiento de la causa, por parte de la magistratura o Administración.

Doctrinalmente se ha afirmado pacíficamente que la técnica de dicho concepto se refiere a un ámbito de la realidad en el que los límites no se encuentran determinados, pero que se intenta precisar ante un hecho concreto, por tanto, la aplicación del concepto solamente permite una solución; pero ello requiere de un componente axiológico que será estimado del análisis del caso concreto, con todos sus matices, previa adecuación al ámbito jurídico.

Ello nos guía a la exigencia de una doble labor, por una parte, se tiene que determinar en que consiste dicho interés y, posteriormente, se debe precisar lo que más le conviene de acuerdo a una situación concreta.

Además, hay que reconocer que la fórmula del concepto jurídico indeterminado ofrece ventajas e inconvenientes: en lo que respecta al aspecto positivo se debe resaltar el hecho de que ofrece la posibilidad de adaptar el problema en cuestión al caso específico que se pretende resolver, contexto que no impone al operador la obligación de actuar bajo parámetros determinados, sino que posee un campo de acción flexible que le permite valorar de acuerdo a las circunstancias la concreción del interés del menor, en función a las características intrínsecas de cada caso concreto.

No obstante, el aspecto negativo radica en la sujeción de la determinación a criterio del intérprete, lo que induce a que la solución se realice desde una perspectiva muy subjetiva, extremo que se traduce en la existencia de inseguridad jurídica. Ello choca frontalmente con el anhelado enfoque garantista objetivo,

deseable cuando se trata de proteger intereses y derechos tan elevados.

En este contexto, parece que lo ideal sería que la normativa determinase con exactitud la forma de concretar el interés del menor, de manera específica y concreta, sin embargo, tal como se encuentra configurada la legislación española e internacional se debe utilizar la flexibilidad de la norma en la concreción de una situación concreta sin apartarse ni por un momento de los sistemas jurídicos positivos y principios generales para determinar las medidas. Si se acota al máximo los criterios jurídicos de ponderación fáctica, pensamos que la solución será casi siempre la más ajustada a Derecho; y por lo general, sólo habrá una.

Tal y como ha apuntado Hesse, las normas de la Constitución no son completas ni perfectas, pues amplios sectores pertenecientes incluso a la vida estatal en sentido estricto aparecen regulados por disposiciones de una más o menos grande amplitud de contenido y algunos ni siquiera son regulados. La Constitución no codifica sino que únicamente regula -y muchas veces sólo en algunos casos concretos y a grandes rasgos- aquello que parece importante y que necesita determinación; todo lo demás se da por supuesto tácitamente, o bien se confía al resto del ordenamiento jurídico su conformación y concretización.

"Esta amplitud e indeterminación de la Constitución no supone, sin embargo, su disolución en una absoluta dinámica en virtud de la cual la Constitución se viera incapacitada para encauzar la vida de la Comunidad. La Constitución no se limita a dejar abierto sino que establece, con carácter vinculante, lo que no debe quedar abierto. No deben quedar indeterminados los fundamentos del orden de la Comunidad. Al establecerse con carácter vinculante tanto los principios rectores de formación de la unidad política y de fijación de las tareas estatales como también las bases del conjunto del ordenamiento jurídico, dichos fundamentos deben quedar sustraídos a la lucha constante de los grupos y tendencias, creándose un núcleo estable de aquello que ya no se discute, que no es discutible y que, por lo mismo, no precisa de nuevo acuerdo y nueva decisión. La Constitución pretende crear un núcleo estable de aquello que debe considerarse decidido, estabilizado y distendido" (Hesse, 1983).

Ya el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo (conforme al cual se dio redacción al Título Preliminar -del C.c.- junto con la Ley 3/1973, de 17 de marzo y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre) decía que "gran parte del capítulo consagrado a la aplicación de las normas jurídicas puede considerarse como de nueva planta.

En punto a la pertinencia o no de que los Códigos contengan normas pre-determinantes de los criterios a utilizar en la interpretación no hay una actitud dominante sólidamente consolidada y bien puede sintetizarse el problema diciendo que existen dos tesis contrarias en su sentido y argumentos: La tesis negativa, que tiene en cuenta las ventajas de una mayor libertad por parte del intérprete y remite el problema de los criterios utilizables al campo de la doctrina; y la tesis afirmativa, que pondera los beneficios de cierta uniformidad en el modo de proceder hermenéutico (Bartolomé Cenzano, 2003).

Por ésta última ha sido preciso inclinarse dado el mandato de la Ley de Bases² que se ha convertido en norma articulada, es decir, sin mayores especificaciones por temor a que los criterios perdieran el carácter esencial y flexible con que vienen enunciados, pues en ningún caso es recomendable una fórmula hermenéutica cerrada y rígida. La ponderación de la realidad social correspondiente al tiempo de aplicación de las normas introduce un factor cuyo empleo, ciertamente muy delicado, hace posible en alguna medida acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquéllos³.

Por esta razón algunos autores han sostenido que los conceptos jurídicos indeterminados se suelen denominar también normas flexibles.

Le suele corresponder a la magistratura determinar su contenido progresivamente, mediante los testimonios que los progenitores deducen con ayuda de razonamientos lógicos y de criterios jurídicos muy variados, además de conocimiento y experiencia que se obtienen durante el desarrollo de la "litis".

Para que la magistratura determine el interés del menor en un caso concreto de la manera más objetiva posible, pensamos además que deberá recurrir a disciplinas auxiliares como la psicología infantil, sociología, criminología etc., y ello sin perder de vista nunca el marco jurídico que delimita los criterios de ponderación.

² Se refiere, como se indica en el texto a la Ley de Bases 3/1973, de 17 de marzo para la modificación del Título Preliminar del C.c. (B.O.E., de 21 de marzo de 1973, nº. 69), en concreto a la base segunda que decía textualmente: "-Uno. Se establecerán como criterios básicos para la interpretación de las normas, aquellos que, partiendo del sentido propio de sus palabras en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, atiendan fundamentalmente a su espíritu y finalidad, así como a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas".

³ Véase el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del C.c.(B.O.E., de 9 de julio de 1974, nº163).

Los datos que los progenitores y la propia inspección del menor aporten tendrán un alto componente psico-social, debiendo ser la magistratura la encargada de adecuar dichos criterios al ámbito jurídico. El interés superior del menor, además de indeterminado, es abstracto, y ello significa que además de concretar los hechos, deberemos en cada caso relacionarlos con un marco jurídico diferente. Éste será el que mejor se adecue a la situación.

Desde esta perspectiva, el concepto jurídico indeterminado solamente admitiría una solución jurídica para el caso concreto. En unos casos se deberá optar por una norma como cabecera de solución y en otros deberemos recurrir a otra norma o principio general, en función del caso concreto.

3.3 La necesidad de una interpretación desde la propia Constitución

Cuando el operador jurídico se enfrenta a la interpretación del interés superior del menor, se suele enfrentar a un problema de límites, de ponderación de intereses y derechos. Desde este presupuesto, generalmente habitual, la interpretación del interés superior del menor no es una labor colateral o incidental con carácter meramente aclaratorio para la solución del caso. Lejos de esto, existe un verdadero vínculo de necesidad entre la interpretación satisfactoria de este principio y la solución del caso concreto. Depende de ello el desarrollo de la personalidad del menor y su mejor o peor futuro en todos los ámbitos de la vida.

Tras ya una larga vida del régimen constitucional vigente, pensamos que hoy no se puede mantener la postura de que nuestra Constitución no es una norma que pueda, por ella misma, aplicarse directamente al caso concreto para tutelar y satisfacer sus propios bienes, derechos e intereses constitucionales. Existen derechos, valores y principios suficientes para encontrar en ella y en el resto del ordenamiento jurídico una solución adecuada a Derecho y de justicia material. No debemos olvidar que la Constitución tiene hoy un sólido desarrollo legal y jurisprudencial vinculante.

Dicha satisfacción, en los derechos fundamentales es potencialmente plena, y decimos potencialmente porque nuestra Constitución dispone de los mecanismos jurídicos adecuados para garantizar la eficacia directa del catálogo de derechos fundamentales y derivados. Cada uno de los derechos fundamentales que conforman nuestro catálogo se ha gestado a lo largo de una dilatada tradición histórica constitucional que ha ido moldeando su sentido y ámbito material hasta llegar a su contenido actual.

Desde luego no proponemos tener girada la mirada continuamente hacia el pasado, pero si contemplar los antecedentes y la evolución de cualquier instituto jurídico, principio o derecho, cuando el operador jurídico se enfrenta a su sentido y función actual⁴.

Con buena dosis de razón se ha dicho por la doctrina en multitud de ocasiones que los problemas que plantea la interpretación en general de los derechos y en especial la de sus límites, desaparecerían si nos situásemos en la necesaria órbita constitucional del art. 10 de nuestra "prima lex".

En efecto, aparte de su carácter de norma-clave, punto de conexión entre el Preámbulo y el Título preliminar, por un lado, y el resto del Título I, por otro, que dicho precepto encabeza, en su primer apartado se integran -mediante la referencia a la dignidad de la persona, a sus derechos inviolables y al libre desarrollo de la personalidad- los principios y valores esenciales de libertad, igualdad y justicia que enuncian el Preámbulo y los artículos 1 y 9 CE.

⁴Reflejo brillante de esta necesidad ha sido expuesta por Ruiz-Giménez Cortés con estas palabras al comentar el art. 10 CE.: "Una primera lectura de este artículo (realmente clave y que encabeza e ilumina el Título I de la C., consagrado a declarar y proteger los "derechos y deberes fundamentales") nos sitúa, de golpe, en el corazón mismo de la inmensa aventura humana hacia la libertad y la justicia.

Sería impertinente intentar aquí un rastreo a fondo de las huellas que han ido dejando en la Historia, a lo largo de milenios, esas ideas esenciales. Nos basta con recordar que el avance del pensamiento humanista, en pugna con realidades sociales rígidamente estratificadas, opresiones y discriminaciones, ha sido jalonado por la creciente toma de conciencia de la dignidad de todos -y cada uno- de los seres humanos, mujeres y hombres; de su igualdad esencial y de su vital anhelo de justicia y liberación, en el cuerpo y en el espíritu. Así fue en el antiguo y lejano Oriente de Lao-Tse y de Confucio, o en el Oriente más próximo, de los sabios y profetas de Israel, al hilo de la revelación de Yahvé; como también la cuna de la civilización occidental, en la Grecia del siglo de Pericles y en la Roma de Cicerón y de Séneca.

Es cierto que ni esas iluminadoras voces, ni siquiera la fuerza liberadora del Evangelio, en las palabras de sus más auténticos predicadores, lograron romper las estructuras sociales injustas, que durante siglos resistieron, y abrir auténticos caminos de solidaridad y de paz.

Pero, como las gotas de agua que horadan las piedras; esas nobles ideas fundamentales, recogidas, renovadas, enriquecidas por los humanistas del Renacimiento y por los más lúcidos pensadores de los siglos XVI al XVIII fructificaron un día, como principios normativos (con su doble vertiente, de derechos y deberes), en las grandes proclamas de las Revoluciones que abrieron brecha y dieran sentido a la Era en que vivimos" (1984).

El art. 10 CE. tiene un gran valor jurídico toda vez que esos principios y valores se concretan positivizándose de forma inequívoca en una norma imperativa la cual sirve de soporte y eje a todos los derechos fundamentales.

En este sentido puede afirmarse con Ruiz-Giménez (1984), "que este precepto constitucional ocupa un rango fundamentalísimo, con eficacia legitimadora, iluminadora y propulsora para afianzar instituciones, esclarecer ambigüedades, cubrir lagunas e integrar nuevas potencialidades en el esfuerzo colectivo hacia cotas más elevadas de justicia y de liberación humana" (pp. 100-101).

Consecuencia de esta posición relevante del art. 10 CE., es la triple función que cumple este precepto constitucional:

- *En primer lugar una función legitimadora del orden político, en sí mismo, y del ejercicio de todos los poderes públicos.*

Únicamente será legítimo el orden político español cuando respete y tutele la dignidad de todas y cada una de las personas radicadas en su ámbito, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de su personalidad; asegure el imperio de la ley y coordine el recto uso de todos esos derechos, por otra parte, además, condición de la paz social.

El ejercicio de cualquier poder estará justificado en la medida en que contribuya su poder a garantizar y estimular el arraigo de esos valores esenciales en la vida colectiva, adquiriendo especial relevancia esta función legitimante en el ámbito de la potestad sancionadora como fundamento y límite de la misma.

- *En segundo lugar una función promocional.*

El dinamismo es una de las características fundamentales de la dignidad de la persona y sus derechos inviolables, estos están abiertos a un constante enriquecimiento y es por ello que el apartado primero de este precepto se refiere expresamente al "libre desarrollo de la personalidad", así como el apartado segundo prescribe la vinculación de la interpretación de los derechos fundamentales y las libertades públicas que la CE. Reconoce a lo prevenido en los Pactos internacionales sobre las mismas materias que España ratifique. En el caso de los menores, el interés superior deberá ir directamente vinculado a preservar íntegra dignidad y a garantizar todos y cada uno de sus derechos fundamentales. Sólo de este modo se estará protegiendo el posterior desarrollo de la personalidad del menor.

- *En tercer lugar una función hermenéutica.*

La objetivación de la función hermenéutica la realiza este precepto en un doble nivel: el nacional y el supranacional.

Por lo que respecta al primero, todos los poderes públicos deben verificar el sentido objetivo-constitucional de las diversas disposiciones normativas antes de su aplicación con estricta sujeción a los valores y principios definidos en este precepto: "la dignidad de la persona, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad, dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás".

Pero, además, no basta con tener en cuenta solamente estos parámetros reflejados constitucionalmente. El párrafo segundo prescribe que como Jano (mirando a dos horizontes) el procedimiento de interpretación se abra a dos caminos: cuando la normativa, objeto de interpretación, se refiera a los derechos fundamentales y libertades públicas; en este caso la mirada debe volverse además sobre la normativa internacional sobre la materia, concretamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España; conformando así nuestro ordenamiento interno e internacional una unidad normativa garante y protectora de los derechos humanos, y en este caso de toda la órbita del menor⁵.

Tal y como ha expresado Santaolalla (1979), lo que se configura es "una pauta o criterio interpretativo preferente y no una constitucionalización de los acuerdos internacionales sobre derechos humanos" (p. 1928). La trascendencia de esta afirmación es grande, pues, de una parte, de ella se deduce la objetivación constitucional en cuanto a criterios o enfoques a la hora de interpretar los derechos fundamentales, pero además, el hecho de negar la "constitucionalización" de la normativa internacional hace implanteable que por esta vía pudiera restringirse o limitarse el ámbito material de un derecho

⁵. Dicha unidad no es estática, tal como indica Bandrés; el Convenio de Roma, actualizado por los trabajos del Tribunal de Estrasburgo, se integra en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, procurando un osmosis plena y satisfactoria entre ambos ordenamientos, entre el ordenamiento interno y el ordenamiento europeo, que así mismo provocan una comunicación respetuosa entre los respectivos tribunales jurisdiccionales de tutela y una adaptación de los estándares nacional y europeo, alimentando y alentando el respeto a la dignidad humana como elemento de civilidad y sostén de la paz jurídica en Europa. Cfr.: Bandrés Sánchez-Cruzat, 1996: 37.

fundamental o libertad pública diseñado constitucionalmente.

Por lo que se refiere a potenciales limitaciones a los derechos del menor que se pretendiera introducir por vía de Tratados o Pactos internacionales, debería el operador jurídico apostar por la subsidiariedad del artículo 10.2 de la Constitución; por ello, cuando se indiquen límites concretos en los preceptos constitucionales, los acuerdos y tratados internacionales ratificados por España poseerán tan sólo una función interpretativa del alcance de tales límites constitucionales (los preexistentes en nuestra constitución), pero no representarán nunca un añadido más de nuevas limitaciones" (p. 201).

Y en parecido sentido se ha manifestado también Bandrés Sánchez-Cruzat (1996), cuando al referirse a la proyección del Convenio Europeo sobre nuestro Derecho público ha afirmado que aquel "proporciona un estándar mínimo, no máximo, de reconocimiento del ámbito de tutela de cada derecho fundamental garantizado, de modo que el Convenio Europeo aparece como un sistema jurídico destinado a crear estándares mínimos confortables en el goce y protección de los derechos humanos; y, en su doble valencia, de afectar a un núcleo privilegiado determinado de derechos y libertades" (p. 34).

Esta afirmación, de otra parte, encuentra su cristalización jurídica mediante su positivación en el art. 60 de la Carta europea que establece expresamente que ninguna disposición podrá ser interpretada en el sentido de limitar o perjudicar los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en las leyes del Estado contratante o en cualquier otro Convenio en que sea parte.

El estándar mínimo de protección, auspiciado desde el Convenio y consagrado por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, no impide que sea rebasado (favor minoris) por los tribunales internos, garantizando un mayor nivel de eficacia en el reconocimiento de los derechos y libertades, lo que da también carácter a su configuración como sistema subsidiario de tutela de los derechos humanos.

En definitiva, el art. 10 CE. aparece en nuestra Constitución como punto de referencia obligatorio para la labor interpretativa constitucional. El frontispicio del título primero establece los parámetros objetivos de constitucionalidad con la triple función descrita.

En materia de derechos fundamentales y libertades públicas (en el presente caso de los menores) abre más los criterios de interpretación mediante la referencia obligatoria a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, instrumentos, que como acabamos de ver constituyen el "suelo" o estándar mínimo de protección.

Se trata de un procedimiento abierto, por supuesto, pero constitucional; y decimos constitucional porque los parámetros son objetivos y vinculantes, constitucionalmente se trata de auténticas previsiones constitucionales. Se trata de los fundamentos del orden político y de la paz social los cuales, como veremos, a continuación a través de la ponderación y de la razonabilidad pueden dilucidar el sentido y alcance del principio del interés superior del menor, de qué derechos deben prevalecer, y, en definitiva de una tutela adecuada a cada caso.

En materia de derechos fundamentales y libertades públicas la apertura del procedimiento es aun mayor, toda vez que la normativa internacional puede proporcionar nuevos enfoques y criterios de interpretación objetivos sin por ello salirse de las previsiones constitucionales, que en este caso proporcionan, invocando la amplia normativa internacional sobre esta materia, una estructura normativa más que suficiente para la interpretación y correcta aplicación de este principio guía de la actuación de los poderes públicos en relación a los menores y jóvenes.

3.4 La necesidad de la razonabilidad como principio complementario

Por lo que se refiere a la razonabilidad como complemento al punto de partida contenido en el art. 10 CE., tal y como han demostrado entre otros Alonso García, la razonabilidad se ha impuesto como uno de los criterios argumentativos más utilizado en la jurisprudencia del TC⁶.

Manuel Atienza recuerda que el concepto de razonabilidad no es una novedad, y así lo atestiguan los trabajos de Luis Recasens, Chaim Perelman, Aulis Aarnio y Neil McCormick, entre otros. Así por ejemplo, Recasens Siches, planteó ya desde los años cincuenta la insuficiencia o inadecuación de la lógica tradicional, de la lógica físico-matemática o de lo "racional" para tratar con problemas prácticos como el de la interpretación del Derecho (Atienza, 1978: 190).

El convencimiento de la imposibilidad, en ocasiones, de satisfacer el derecho con una solución irrefutable y fundada en Derecho ha ido abriendo paso a las teorías de la argumentación como vía complementaria e

⁶ Un completo estudio de la jurisprudencia del TC. en ésta y otras materias en: Martínez Sospedra, 1993. 59 y 63.

integradora- fundamentadora de dicha resolución. Para algunos como Bullesbach (1980) ello ha constituido una necesidad inmediata.

Necesidad que en definitiva, y entre otras cosas, debe cristalizar en "una teoría de la competencia judicial que, como se ha escrito, ponga de relieve los límites de las decisiones de los jueces y permita resolver el escollo clásico de los hard cases, los casos para los que el ordenamiento jurídico no dispone de una solución clara, lo que parece sugerir que entre los ámbitos posibles para el juego del concepto de razonable habría que tener significativamente en cuenta los de las lagunas y antinomias, especialmente, por lo que se refiere a las primeras, en relación con la invocación de los principios, y, en lo relativo a las antinomias, atendiendo sobre todo a las llamadas antinomias de principio" (De Lucas, 1980: 17)⁷.

El acercamiento de la interpretación se plantea así como argumentación y justificación de una solución, se hace frente así al problema de la relación entre los operadores jurídicos y los ciudadanos, de modo que éstos encuentran las condiciones y medios para justificar o no los criterios que aquellos han utilizado para constituir el razonamiento jurídico que ha conducido la solución. Tal como sintetiza Atienza (1987: 4), lo razonable versa sobre aquello que no se agota en lo racional, y que siempre precisa de una ulterior justificación por medio del equilibrio o el consenso.

Cada vez con más frecuencia nuestro Tribunal Constitucional está recurriendo al criterio de lo razonable convirtiéndose así en un instrumento interpretativo de primer orden, llegando a convertirse aparentemente⁸ -"lo razonable"- en alguna ocasión en auténtico parámetro de constitucionalidad de las leyes. Por ejemplo, la STC. de 18 de diciembre de 1981, señaló que "la limitación impuesta por la ley impugnada (ley 4/81, de 18 de marzo, del Parlamento vasco, sobre designación de senadores representantes de Euskadi) en su artículo 2.1 a los candidatos a senadores del País Vasco de tener la condición política de vascos es razonable y lógica", además añadía con respecto a la proporcionalidad en la representación que dicha ley establecía que aun sin ser "pura e idealmente proporcional en el sentido matemático de la palabra, resulta razonable y permite que a un grupo minoritario se le pueda dar una representación que un sistema puro de mayorías impediría" (vid. Martínez Sospedra, 1993: 59).

Más recientemente, en STC 221/2002, de 25 de noviembre de 2002, ha señalado: "Como hemos sostenido en la STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4, cuando un órgano judicial adopta una decisión que puede afectar a derechos fundamentales o libertades públicas de una persona no basta con que adopte dicha decisión de forma razonada y motivada, sino que es preciso que identifique adecuadamente el contenido del derecho o libertad que puede verse afectado por dicha resolución y, una vez examinadas las circunstancias concurrentes en el caso y la interpretación de los preceptos aplicables conforme a los criterios existentes al respecto, adopte la decisión que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado; decisión, además, que, como se afirma en la STC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3, al referirse a una pretendida lesión de un derecho fundamental, debe expresar el juicio de ponderación entre los derechos y valores puestos en juego en cada caso para así hacer "efectiva la exigencia de proporcionalidad" (STC 123/1997, de 1 de julio, FJ 3)".

Como ha señalado Alonso García, el test de razonabilidad⁹ se ha convertido en un valioso instrumento para la interpretación en materia de derechos fundamentales y a él se acude sobre todo para resolver problemas sobre sus límites o adecuada aplicación. Esta técnica se ha desarrollado especialmente en la jurisprudencia constitucional norteamericana y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Además, por lo que se refiere a la delimitación teórica, al significado y contenido de la igualdad en la interpretación del TEDH, el recurso a "lo razonable" ha resultado fundamental, y ello puede apreciarse en reiterada jurisprudencia. Por ejemplo en STEDH., de 23 de julio de 1968, al resolver el caso "relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica", el Tribunal declaró que "(...) cuando la distinción carece de justificación objetiva considera que la igualdad de trato queda violada (...), la existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la

⁷En la pág. 20 puede leerse que: "las antinomias de principio surgen cuando en el ordenamiento jurídico coexisten dos tipos de normas y situaciones jurídicas nacidas a su amparo, unas que miran al pasado y otras que lo hacen al futuro.

La solución tradicional para estos casos consiste en sacrificar el principio a la norma reconociendo efectos jurídicos y consolidar mediante el recurso al principio de salvaguarda de los derechos adquiridos situaciones jurídicas o situaciones fácticas que, nacidas al amparo de la legislación anterior, contradicen e hipotecan los principios de la nueva legislación. Frente a esta tesis, el criterio de razonabilidad ofrece una solución distinta, confiriendo primacía al principio sobre la norma. El criterio de razonabilidad, además, anula los efectos de las normas contrarias a los principios, valores o directrices constitucionales, siendo, en este punto, superior a los criterios tradicionales de resolución de antinomias que ceden ante la barrera del principio de seguridad jurídica y de respeto a los derechos adquiridos"

⁸Decimos aparentemente porque lo cierto es que a pesar de que cada vez son más frecuentes las menciones en la jurisprudencia constitucional a la "razonabilidad", pensamos que no se puede ni debe de ahí inferirse que necesariamente sólo lo irrazonable es inconstitucional, ni a la inversa. Es conocido por utilizado por el TC. el principio de conservación de la ley para salvar la constitucionalidad de preceptos legales ininteligibles. Véase por todas la STC. de 16 de noviembre de 1981, BOE. de 28 de noviembre de 1981, fto. nº. 5.

medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida".

El recurso a la razonabilidad también estuvo presente en la sentencia pronunciada en el caso Hoffmann contra Austria, de 23 de junio de 1993, dice así: "En el goce de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio, el artículo 14 prohíbe tratar de manera diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a personas situadas en situaciones comparables".

Tal como ha señalado Jimena (1997), se pueden desprender de esta jurisprudencia unos elementos básicos:

"De un lado, la justificación objetiva y razonable, la finalidad legítima y la proporcionalidad, todos ellos (a la postre) conceptos jurídicos indeterminados que permitirán a los órganos tutelares del Convenio actuar con mayor o menor margen de discrecionalidad y en donde las circunstancias y cánones históricos del momento desempeñarán un papel decisivo. A tal efecto, sólo la referencia a casos concretos permitirá conocer ejemplos de determinación de la actuación discrecional. De otro lado, la idea de justicia se vislumbra en la referencia a los principios prevalentes en las sociedades democráticas".

Atienza, siguiendo los trabajos de Aarnio y McCormick, ha sistematizado tres requisitos necesarios que deben presenciar la delimitación de la noción de razonabilidad y que a continuación exponemos muy sucintamente:

- 1) Que se recurra al concepto sólo cuando no sea aceptable o no se pueda adoptar una decisión estrictamente racional.
- 2) Que se trate de lograr un equilibrio entre exigencias contrapuestas que han de ser consideradas necesariamente en la decisión.
- 3) Que sea aceptable por la comunidad.

Por lo que se refiere al primero de los requisitos resulta obvio que la pura racionalidad es una cuestión de procedimiento, pero ello no significa que deba convertirse en "ritualista", por ello no deberá utilizarse en los casos que la aplicación más estricta de la racionalidad guíe hacia una decisión jurídica con resultados inaceptables. Y es que, si como hemos dicho la racionalidad es sobre todo cuestión de procedimiento, lo razonable suele apuntar a un resultado (que es lo que debe resultar aceptable), en palabras de Atienza (1987 y 1991¹⁰).

Consecuencia de esto es que la razonabilidad no se plantea con casos claros o rutinarios, sino a propósito sólo de los denominados casos difíciles (hard cases). O sea aquellos en los que la aplicación de la racionalidad estricta sería condición necesaria pero no suficiente para llegar a una solución o más, aceptables, o compatibles entre sí.

Por lo que se refiere al segundo de los requisitos, se debe comenzar por señalar que el procedimiento racional no es suficiente en muchas ocasiones para llegar a una solución aceptable por que no tiene en cuenta la necesaria contraposición de valores o principios que deben ponderarse hasta llegar a un equilibrio. Pero tal y como recuerda Atienza, "dicho equilibrio naturalmente, no se encuentra siempre (quizás nunca) en el término medio, puesto que los valores o principios pueden no tener el mismo peso, de manera que el equilibrio se encontraría entonces en un punto más próximo a un extremo que a otro. O, si se quiere decirlo de otra manera, el término medio está en función de los extremos, pero éstos no están ya formados mediante la simple referencia a tales valores o principios, sino que tiene que construirse, en cada caso, a partir de estos materiales (...), los supuestos complicados son aquellos que dan lugar a formas diferentes de encontrar dicho equilibrio, esto es, a soluciones contrapuestas. En tales casos, el concepto de "solución aceptable" se vuelve problemático, pero interesante¹¹".

⁹Alonso García (1984) realiza un estudio analítico pormenorizado sobre dos test utilizados habitualmente en la jurisprudencia, nos referimos al test de la racionalidad y al test de la razonabilidad, en su obra: "La interpretación de la Constitución".

¹⁰En esta obra el autor realiza un estudio en profundidad sobre la teoría integradora de la argumentación jurídica de MACCORMICK, que sigue en su exposición sobre esta materia.

¹¹El ejemplo que reproducimos a continuación de Manuel Atienza explica de manera clara el necesario equilibrio al que acabamos de hacer mención y que es tan costoso de encontrar por las razones que a continuación se detallan:

En la STC. 161/1987, de 27 de octubre de 1987, el Tribunal Constitucional español tuvo que resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la Ley (en realidad dos leyes, una ordinaria y otra orgánica) de Objeción de Conciencia de 1984 (48/1984, de 26 de diciembre). Uno de los problemas que aquí se planteaba era el de si debía considerarse o no inconstitucional (por atentar básicamente contra el principio de igualdad del art. 14) el art. 8 ap. 3 de dicha ley que fijaba para el servicio sustitutorio a realizar por los objetores una duración de entre 18 a 24 meses (que debería fijar el Gobierno mediante Real Decreto), mientras que la del servicio militar era de 12 meses. La opinión mayoritaria del tribunal fue la de considerar que la ley no daba lugar a un trato discriminatorio (esto es, que la distinción en cuestión era "razonable y objetiva"), porque los dos supuestos -servicio militar y prestación civil sustitutoria- "no son similares ni cabe equiparar la "penosidad" de uno y otro" f. j. 5, c). Para la argumentación de esta distinción tuvo

No obstante todo lo argumentado, y a pesar de que el equilibrio se plantea en definitiva como una exigencia de la justicia, lo complicado parece efectivamente llegar a encontrarlo evitando la completa disolución de la racionalidad en el subjetivismo que puede entrañar la búsqueda de una "buena solución". Realmente es una realidad la recuperación de lo que Ballesteros (1984) ha denominado "la recuperación de la razón práctica como instancia entre la racionalidad formal y la mera emotividad". El problema será encontrar la dosis justa de una y otra con la objetividad que debe guiar necesariamente la ponderación de las posibles soluciones.

El tercero de los requisitos según Atienza se deduce del segundo, pues de acuerdo con él se puede deducir que de las dos posibles soluciones en presencia, la más razonable, la que mejor logra un equilibrio, es la que pueda verse como aceptable por la comunidad o, si ambas pudieran serlo en principio, la que aglutine un mayor consenso. El problema radica, en que tal y como hemos reflejado hace un momento el consenso encierra diversos sentidos en la teoría de la argumentación. Atienza distingue dos clases de consenso en este punto: el consenso fáctico y el ficticio.

Por lo que se refiere al primero, al consenso fáctico, se trata de un elemento fundamental que verifica una decisión que no ha discurrido íntegramente por el camino de la racionalidad más estricta. Para la adopción de la decisión por el contrario ha sido preciso recurrir a la "valiosa" razonabilidad y por ello la carencia procedimental es salvada o compensada por la vía de la aceptación de hecho de una comunidad. El consenso fáctico también es utilizable como parámetro de justicia, o de solución deseable, cuando dicho elemento no se cumple en las decisiones que han discurrido íntegramente por el procedimiento racional.

No obstante, el consenso fáctico tropieza con graves inconvenientes por la diversidad de auditorios receptores de la decisión; toda vez que el criterio de la mayoría puede cumplirse escrupulosamente en cada uno de los diversos auditorios sobre decisiones contrarias, esto es, puede existir una decisión razonable aceptada por la mayoría de los miembros de un tribunal que no sea aceptada por la mayoría de las partes interesadas o por la mayoría de los tribunales de un país o simplemente por la mayoría de la opinión pública. ¿Cuál sería el consenso fáctico válido para justificar la decisión?, y más importante todavía, ¿Cómo justificar la decisión por muy razonable que parezca si existe algún disenso y no se han seguido escrupulosamente las reglas de la racionalidad en su adopción?

Si en lugar de justificar la decisión en un consenso de tipo fáctico apelamos a uno de tipo ideal o "racional" podríamos solucionar estos problemas, aunque como bien señala Atienza, surgen otros como la dificultad de poder utilizar operativamente esta noción, habida cuenta que la prueba de la mayor razonabilidad de una decisión radicaría en un juicio simplemente hipotético que no tiene por qué coincidir con los seres reales que deben emitir ese hipotético juicio. Otra dificultad consistiría en la determinación de cuáles sean esas condiciones ideales.

Como podrá apreciarse, la virtualidad de esta triada de requisitos reside en su vocación de contener la utilización de un recurso valioso como es la razonabilidad en la adopción de decisiones jurídicas que persiguen la justicia aunque para ello su camino se encuentre un tanto alejado de la racionalidad jurídica más estricta. No debemos olvidar que los conceptos jurídicos indeterminados pretenden abrir sus puertas a criterios alternativos de justicia material para escapar del encorsetamiento de la legalidad racionalista, a imagen de la matemática, pues, ello, en materia tan delicada como es el ámbito de los menores podría llevar al operador jurídico hacia soluciones injustas o carentes de todo sentido.

Por último señalar que la proporcionalidad también ha estado presente en "el Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información; concretamente en el capítulo III, se presenta un análisis de la situación en la UE, tanto en lo relativo al Derecho comunitario, como en lo concerniente a la cooperación en el marco de la justicia y los asuntos de interior. Ahí se asevera textualmente que la libre prestación de servicios es una de las cuatro libertades fundamentales que garantiza el Tratado y que pueden aplicarse algunas restricciones por razones primordiales de interés público, como la protección de los menores y de la dignidad humana, "pero dichas restricciones están sujetas a la prueba de la proporcionalidad".

gran peso la tesis de que la objeción de conciencia es un "derecho constitucional autónomo, pero no fundamental" (f. j. 3); el derecho de objeción de conciencia del art. 30, ap. 2 de la Constitución "no es un derecho incondicionado", sino "la exención de un deber general (el servicio militar)" (f. j. 5).

De los tres magistrados que se apartaron del criterio mayoritario (formado en este punto por los nueve magistrados restantes), uno de ellos justificó su voto por entender que "no puede entrar en el ámbito de lo razonable -con toda su relatividad- fijar una duración superior en un 100%, es decir, el doble, para la prestación sustitutoria en relación con la del servicio militar" (voto particular formulado por C. de la Vega, ap. 3); en su argumentación, el magistrado sostuvo la tesis de que "el derecho a la objeción de conciencia es un derecho constitucionalmente reconocido (...) que participa de la naturaleza de derecho fundamental, per se, es decir, con categoría autónoma, relacionado con el derecho de libertad ideológica" (ap. 1).

En la lucha contra los contenidos ilegales, se reconoce que la cooperación entre los Estados miembros en lo relativo a la justicia y a los asuntos interiores desempeña un papel fundamental, teniendo en cuenta el carácter internacional de los nuevos servicios. Gracias a una cooperación de este tipo, los Estados miembros podrán oponerse de forma más eficaz a la utilización de contenidos ilegales. Además, la coherencia interna los situará en una posición más favorable para buscar soluciones a escala mundial.

Bibliografía

- Alonso García, E. (1984). *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC.
- Atienza, M. (1978). Para una razonable definición de lo razonable. *En Doxa*, (4), 189-200.
- _____(1991) *Las razones del Derecho / Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC.
- Ballesteros (1994). *Sobre el sentido del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- Bandrés Sánchez-Cruzat, J, M, (1996). *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas.
- Bartolomé Cenzano, J. C. (De) (2003). *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: CEC.
- _____(2003). *Derechos fundamentales y libertades públicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia.
- Cabedo Mallol, V. (2010). *La situación de los menores inmigrantes no acompañados. Su protección e integración*. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia.
- _____(2012). *Los menores extranjeros no acompañados En la norma y en la realidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia.
- Díaz, A. (2011, Septiembre 28). La crisis económica aumenta el maltrato a niños. *El Mundo.es*. Recuperado el 15 de septiembre de 2012, de <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2011/09/28/noticias/1317202667.html>
- Hesse, K. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: CEC.
- Ganzenmuller Roig, C. (2000). El ministerio fiscal en la coordinación de los servicios e instituciones implicados en la lucha contra la violencia doméstica. En *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales* (Vol. I) (pp. 391-416). Madrid: Ministerio de Justicia, Ministerios de Trabajo y AA.SS., Instituto de la Mujer, Centro de Estudios Jurídicos de la Admón. de Justicia.
- Jimena Quesada, L. (1997). *La Europa Social y Democrática de Derecho*. Madrid: Dykinson.
- Martínez Sospedra, M. (1993) *Libertades Públicas, Jurisprudencia Constitucional* (Vol. I y II). Valencia: F.U. San Pablo C.E.U., Valencia.
- Olmedo Cardente, M. (2001). *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: Análisis teórico y jurisprudencial*. Barcelona: Atelier.
- Romero Rodríguez, M. (2005). La habitualidad en el delito de malos tratos habituales, art. 173.2 C.P. Recuperado el 10 de septiembre de 2012, de <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200507-1257914610541941.html>
- Sanmartín Esplugues, J. (2008). *Violencia contra los niños* (4ª ed.). Barcelona: Ariel.
- Santaolalla López, F. (1979). *Los Tratados como fuentes de Derecho en la Constitución española de 1978*. En VV.AA. *La Constitución española en las fuentes del Derecho* (vol. III) (pp. 7-32). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

- Segarra Crespo, M. J. (2000). Primeras diligencias. Adopción de medidas cautelares. En *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales* (Vol. II) (pp. 47-54). Madrid: Ministerio de Justicia, Ministerios de Trabajo y AA.SS., Instituto de la Mujer, Centro de Estudios Jurídicos de la Admón. de Justicia.



Sobre la interpretación del interés superior del menor y su transcendencia en el derecho positivo español por José Carlos de Bartolomé Cenzano se encuentra bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/).
Basada en una obra en <http://ojs.cc.upv.es/index.php/reinad/index>.