

LA DISCRECIONALIDAD ABUSIVA EN LA CONFIGURACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ

DISCRICIONARIEDADE ABUSIVA NA CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE SUPERIOR DAS CRIANÇAS

Sergio Alejandro Rea Granados

Patrocinado por el CONICYT. Doctorando en Derecho por la Universidad de Chile.
Maestría en Derecho Internacional Público, Universidad de Melbourne, Australia,
Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana.

Submetido em: 09/10/2017

Aprovado em: 27/11/2017

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i2.5050>

Resumen: Este artículo tiene el objetivo de analizar la indeterminación del concepto del interés superior de la niñez reconocido por la Convención sobre Derechos del Niño, ya que debido a la naturaleza de éste puede producir discrecionalidad abusiva por parte de los y las operadores(as) jurídicos, quienes al aplicarla o interpretarla podrían ir en contra del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el plano general, este artículo utilizará el método dogmático en relación con este concepto y, por lo tanto, abarcará su explicación a partir de la ciencia del derecho. Lo anterior, para conocer proponer una posible respuesta para reducir la discrecionalidad.

Palabras-clave: Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Derechos de la Infancia; Interés Superior de la Niñez; Discrecionalidad Abusiva; Indeterminación Jurídica.

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar a indeterminação do conceito de melhor interesse das crianças reconhecido pela Convenção sobre os Direitos da Criança, porque, devido à natureza deste último, pode levar a uma discricionariedade abusiva por parte dos operadores jurídicos, que, ao aplicá-lo ou interpretá-lo, poderia ir contra o Direito Internacional dos Direitos Humanos. No plano geral, este artigo usará o método dogmático em relação a esse conceito e, portanto, abarcará sua explicação a partir da ciência do direito. O que precede, para saber como propor uma possível resposta para reduzir a discricionariedade abusiva.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos; Direitos das Crianças; Interesse Superior das Crianças; Discricionariedade Abusiva; Indeterminação Jurídica.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Indeterminación Jurídica. 2.1. Postura a favor de la indeterminación del ISN. 2.2. Postura en contra de la indeterminación del ISN. 3. Discrecionalidad Jurídica. 3.1. Discrecionalidad administrativa. 3.2. Discrecionalidad judicial. 4. Problemas jurídicos con la discrecionalidad jurídica abusiva. Conclusión. Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

El interés superior de la niñez (en adelante “ISN”) es reconocido por la Convención sobre Derechos del Niño (en adelante “CDN o Convención DH”) como concepto angular. Aunque se encuentra enunciada en varias disposiciones de este instrumento internacional y otros más dentro del derecho internacional, resalta el artículo 3.1 de la Convención DN debido que es el principal referente normativo de este concepto. Al respecto, este artículo señala que cualquier institución pública como privada debe de tomar en consideración el ISN al adoptar cualquier medida que afecte a los niños y a las niñas.

Sin embargo, este término no ha tenido una interpretación común, pacífica, sino más bien, su aplicación y alcance han sido objeto de diversos debates polémicos dentro de la doctrina como de la jurisprudencia.¹ Esto, debido a que este concepto, por una parte de la doctrina, es considerado excesivamente vago e indeterminado, lo que provoca un abuso excesivo del mismo. Mientras que otros autores consideran que sus límites y su concreción deben determinarse en función de la situación de cada niño en particular. Este debate -el jurídico- demuestra que todavía existe discrepancia sobre este concepto, que pudiera ser aplicado e interpretado abusivamente por parte de los y las operadores(as) jurídicos.

Tomando en consideración lo anterior, este artículo tiene por objeto investigar la indeterminación de este concepto y sus consecuencias jurídicas. Asimismo, los diferentes tipos de discrecionalidad brindar algunas propuestas para reducirla, utilizando conceptos jurídicos indeterminados.

2 INDETERMINACIÓN JURÍDICA

El jurista inglés, Hart (1980, p. 09), señala que la indeterminación en el derecho se contempla como un rasgo inevitable de todo talento de guiar la conducta humana mediante reglas generales, aunque la naturaleza o el ingenio

¹ Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, *Los derechos del niño: Estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los Derechos del Niño*, Madrid, 2002, p. 258.

humano siempre producirán casos para los que ninguna definición previa de los términos clasificatorios generales usados en las leyes pueda valer.

Por su parte, Endicott (2007, p. 237-270) señala que la vaguedad del derecho es una característica permanente de éste, de sus recursos lingüísticos y de sus recursos interpretativos. Es decir, el lenguaje del derecho se caracteriza, en ese análisis, por su vaguedad, ambigüedad y textura abierta, la cual admite una interpretación tanto restrictiva como extensiva (CARRIÓ, 1979, p. 27).

Manuel Atienza (2001, p. 06), por su parte, señala que en el lenguaje del derecho existen amplios márgenes para la vaguedad, aunque siempre cabe hacer algo para reducirla a límites tolerables. Asimismo, continúa señalando que además de ser consciente del problema, las definiciones de los términos y de los conceptos están en general encaminadas a eliminar en lo posible las imprecisiones.

De tal forma que las normas no son cláusulas generales sólo por contener algún concepto jurídico indeterminado, sino que, de acuerdo a Weber, únicamente pueden definirse como cláusulas generales aquellas disposiciones en las que el legislador ha utilizado conceptos para la determinación del supuesto hecho en un grado tan alto de abstracción y de indeterminación que acrecerían de núcleo de certeza en un sentido unívoco y claramente comprobable y sólo tendrán zona de penumbra (GARCÍA SALGADO, 2003. P. 107).

Siguiendo con esta idea, la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados reconoce la existencia de éstos en las diferentes disposiciones normativas, los cuales son entendidos como una concreta acepción a la regla general de la determinación de las nociones que utiliza el legislador.

Parte de la doctrina española señala que en los conceptos jurídicos indeterminados, la ley no determina con exactitud sus límites porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero que -en todo caso- es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que -no obstante la indeterminación conceptual, admite ser precisado en el momento de la aplicación (GARCÍA DE ENTERRÍA; RAMÓN FERNÁNDEZ, 1998, p. 443).

De esta manera, Manuel Atienza (2001, p. 06) señala que dado que una de las funciones esenciales del derecho es la de guiar la conducta de la gente, las definiciones de los términos jurídicos no pueden alejarse mucho del significado que esas palabras tienen en el lenguaje natural, tras ser el medio de comunicación por excelencia. Así, los legisladores o los juristas teóricos serían los primeros en asignar a las palabras el significado que juzguen oportuno, pero de manera

que las definiciones resulten útiles y fecundas (GARCÍA DE ENTERRÍA; RAMÓN FERNÁNDEZ, 1998, p. 443).

De tal forma que los derechos humanos se vuelven no sólo indeterminables en lo abstracto y, por lo tanto, infinitos, sino también de una tal ampliación que permite, en el campo de lo real, las más grandes y múltiples variaciones.²

Por tal razón se ha reiterado que estos derechos se presentan ambiguos, por una parte porque por los múltiples contenidos culturales en el mundo y, cuya aprensión y configuración está condicionada por el contexto histórico espacio-temporal que los ha producido (ANGULO LÓPEZ, p. 52). De esta manera, los derechos humanos pueden adaptarse a las circunstancias y a los contextos de las diversas regiones del mundo sin perder de vista su esencia y naturaleza.

En el caso del interés superior de la niñez incorporado en la Convención sobre Derechos del Niño de 1984, constituyó un hito trascendental, debido a que no sólo el Estado sino los particulares tienen la obligación de respetar y asegurar su aplicación e interpretación de éste.

Sobre todo cuando el ISN fue constituido como un concepto confuso e impreciso y, por lo tanto, su indeterminación pudiera ser contraproducente, ya que al momento de determinarlo existe el riesgo que la discrecionalidad desproporcionada pudiera atentar no sólo contra la naturaleza de este concepto sino que también pudiera ir en contra del derecho internacional de los derechos humanos.

2.1 POSTURA A FAVOR DE LA INDETERMINACIÓN DEL ISN

Algunos autores señalan que la indeterminación de los conceptos jurídicos tiene aspectos positivos más que ser un problema jurídico. Por ejemplo, Hart (1998, p. 26) señala que la indeterminación jurídica evita problemas al derecho porque coadyuva a la continuidad y le proporciona la estabilidad que los sistemas jurídicos persiguen. Es decir, las normas jurídicas que pretendan ser duraderas deberán ser indeterminadas, ya que esta situación tiene como consecuencia que su significado pueda ajustarse a la época y a las circunstancias históricas al momento de interpretarla o aplicarla. Un aspecto importante de que el derecho esté indeterminado es que, para dotarlo de vida y ajustarlo al momento histórico, es necesario que los jueces decidan sobre casos específicos de manera discrecional.

²Sobre la noción científica de la realidad y su difícil aplicación a las ciencias sociales, vid; POPPER, Karl *Realismo y el Objetivo de la Ciencia*, Madrid, Ed. Tecnos, 2011, pp. 120-128.

Una de las razones de la existencia de estos conceptos es que el propio legislador es el que prefiere reconocer que algunos casos no tienen una respuesta jurídica completamente determinada y, por lo tanto, le otorga a los jueces facultades discrecionales orientadas a los principios, para que puedan decidir teniendo en cuenta las circunstancias particulares, en lugar de aplicar forzosamente un derecho a casos que no fueron previstos (HART, 1998, p. 251-252).

Por su parte, Ara Pinilla (2004, p. 109) señala que la perspectiva de los conceptos jurídicos indeterminados tiene una función creadora y no meramente aplicadora, la cual es realizada por el intérprete de los textos jurídicos. Además, el mismo autor señala que los conceptos indeterminados permiten dotar a los sistemas jurídicos de la suficiente elasticidad para acomodar la regulación jurídica a las diversas circunstancias ambientales que definan el contexto de su aplicación, en la medida en que, como dice Chaim Perelman (1984, p. 368) “remitan lo que parece normal y aceptable en la sociedad del momento en que deben apreciarse los hechos”.

Tomando en consideración esta postura, podemos señalar que el legislador pretendió dejar indeterminados estos conceptos para que sean ajustados a la solución de los problemas de cada caso de los destinatarios por parte del o de la operador(a) jurídico. Esto, considerando las particularidades del caso y ajustándose a las necesidades especiales.

Por su parte, Jerzy Wróblewski (1983, p. 471) considera que la vaguedad de los conceptos jurídicos es creada con el propósito de dar una vía de escape al intérprete, como cuando se usan “expresiones lingüísticas valorativas que pueden ser interpretadas de diversas maneras en un contexto cultural determinado”. Así, los conceptos jurídicos indeterminados no son estáticos sino que permite que el o la operador(a) jurídico pueda adecuar su contenido normativo a las circunstancias de cada caso, el cual debe de tomar en consideración el contexto social y cultural.

Siguiendo esta línea de argumentación, la vaguedad de los conceptos jurídicos permite ampliar y tomar en consideración una pluralidad de perspectivas jurídicas que pudieran aplicarse al caso concreto. De tal forma que la limitación de la misma podría ser contraria a la naturaleza de la indeterminación.

Además, la indeterminación ayuda a que los conceptos pueden llegar a generar un constante cambio legislativo. Una de las razones es que el concepto jurídico permanece estable y, por tal razón, se adapta a las circunstancias históricas del caso. Al respecto, Hart (1998, p. 26-77) señala que hay una relación estrecha entre la indeterminación del lenguaje jurídico y la perdurabilidad del derecho. De tal forma que una de las bondades de los conceptos jurídicos

indeterminados es que se ajustan a las diversas circunstancias históricas del derecho sin que los conceptos sean modificados cada vez que existen diversos cambios sociales y jurídicos.

En este sentido, la indeterminación no sólo sería necesaria, ni siquiera sería un mal jurídico, sino más bien sería un bien necesario. Esto significa que el valor de la certeza del derecho debe constantemente ser conjugado con el de la justicia del caso concreto (HART, 1998, p. 224-225). Esto se da cada vez que el o la operador(a) jurídico aplica el concepto indeterminado al caso concreto conforme a la justicia y al derecho.

En el caso particular de nuestro artículo, Torres Perea (2009, p. 684) señala que la única forma de regular el ISN es mediante una fórmula de cláusula general, tal y como actualmente se encuentra. De acuerdo con este autor, la indeterminación de este concepto permite hacer perdurar el interés superior de la niñez a través del tiempo y del espacio y, por tal razón, descarta la posibilidad que este concepto pueda reducirse a una mera fórmula descriptible.

2.2 POSTURA EN CONTRA DE LA INDETERMINACIÓN DEL ISN

Debido a que el ISN es una de las nociones más controvertidas en el tema de los derechos de la niñez, este concepto ha sido objeto de un sinnúmero de interpretaciones, acuñadas a partir de una gran variedad de perspectivas, cada una de las cuales acentúa ciertos rasgos específicos o enfatiza determinados matices o singularidades de esta figura jurídica. Debido a esta situación, Iréne Thery (p. 153) señala que este concepto ha servido para justificar abusos en su interpretación y aplicación, por ejemplo ha servido para realizar castigos corporales, así como la detención de menores de edad en condiciones más inhumanas, entre otras prácticas contrarias a la naturaleza del derecho internacional de los derechos humanos.

Debido a esta situación, opuesto al enfoque de que el ISN debe ser indeterminado, algunos autores proponen que este concepto debe ser capaz de contener una solución para cualquier controversia jurídica que planteen los casos. En este sentido, Dworkin señala que el derecho siempre está determinado. Es decir, siempre es posible identificar aquello que nos exige. Así de conformidad con este autor, los jueces no sólo necesitan, sino que tampoco deben tomar decisiones discrecionales. Sobre todo cuando este concepto es visto como una racionalización para justificar intereses personales o criterios propios, más que para tener realmente en cuenta la necesidad de los niños (CHARLOW, 1994, p. 03).

Peces-Barba (1999, p. 578-579), por su parte, menciona que la vaguedad es una nota característica propia de los derechos en general. En este sentido, este autor señala que los derechos aparecen normalmente enumerados en las constituciones sin que se especifique cuál es su significado concreto. De tal forma, corresponde a los y las operadores(as) jurídicos su asignación. Así, los derechos fundamentales, al estar situados en los eslabones superiores del ordenamiento, al constituirse en normas básicas materiales, necesitan para su concreción el paso por diferentes operadores(as) que poco a poco van delimitando su significado. En este sentido, a la hora de dotar de significado a estas figuras, el papel de la interpretación es fundamental (PECES-BARBA, 1999, p. 578-579).

Así, la indeterminación y vaguedad conceptual están también supeditadas al sentido de las palabras. En este tema, Genaro R. Carrió (2006, p. 36) señala que los términos del lenguaje son susceptibles de abarcar una significación más amplia de la que utiliza cada sujeto en sus contextos particulares. La indeterminación del lenguaje común afecta asimismo al lenguaje jurídico, pues no se trata de lenguaje de naturaleza distinta (ITURRALDE SESMA, 1989, p. 31). Por tal razón, las diferentes interpretaciones del concepto pueden ser a raíz de las múltiples perspectivas que se le da al concepto.

Además, tanto el principio como el concepto determinado por la función remiten a algo distinto más allá de ellos, en quien se colman o fundamentan; esto justamente se basa en la aptitud para hacer visible el sistema interno del derecho (ITURRALDE SESMA, 1989, p. 31).

En relación al interés superior de la niñez, Miguel Cillero señala que el carácter indeterminado de la noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica.³

Así, cuando el o la juez(a) interpreta el interés superior de la niñez en el caso concreto, emite un juicio de predicción, un pronóstico que se construye sobre un entramado de creencias y prácticas sociales (POLASKIEWCZ; CHAVANNEAU, 1998, p. 37). Es decir, en ciertos casos, la interpretación de este concepto es un pretexto para decidir sobre la vida del niño conforme a las propias preferencias, preconcepciones morales o de normalidad o la propia ideología del juzgador (COUSO, 2006, p. 147).

Debido a esta indeterminación, Hodgkin y Newell (1998, p. 469) han señalado que este concepto ha sido objeto de más estudios académicos que cualquier otro

³ CILLERO, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño." Ciudad de Guatemala: Escuela de Estudios Judiciales, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, UNICEF.

concepto de la Convención. Ambos autores señalan que el Grupo de Trabajo que redactó el texto de la Convención no ahondó en la definición del interés superior de la niñez y, por lo tanto, quedó amplio su contenido y significación. El único organismo que ha propuesto algunas guías orientadoras sobre lo que consiste este concepto ha sido el Comité de los Derechos de los Niños, sin embargo, estas directrices son consideradas *softlaw*, por lo que su implementación es limitante.

Un estudio que realizó Alston (1994) sobre el debate entre los diversos contextos culturales y los derechos humanos. Así, dentro de esta investigación se visualizó que las consideraciones culturales tienen mucho más peso que el respeto y la protección de los derechos humanos, incluyendo los derechos de la niñez. Por tal motivo, los elementos culturales regionales de cada cultura o país deciden la forma en que deben aplicarse e interpretarse las normas internacionales sobre derechos de la niñez.

Pero la valoración axiológica no sólo es un elemento más que podría afectar el sentido y alcance del interés del niño y la niña en relación con el derecho internacional de los derechos humanos, sino que además razones de índole personal pudieran influir en la decisión del o de la operador(a) jurídico. En este sentido, algunos autores señalan que el o la juez(a), cuando interpreta cuál es el interés superior de la niñez, en el caso en concreto, emite un juicio de predicción, un pronóstico que se construye sobre un entramado de creencias y prácticas sociales (POLASKIEWCZ; CHAVANNEAU, 1998, p. 37).

De tal forma que la razón subjetiva también interviene en las decisiones del operador jurídico, ya que no sólo interviene la utilización de la técnica jurídica, sino también la dimensión personal. Esto, en razón que el o la operador(a) jurídico no puede librarse en mayor o menor medida ni de la influencia de sus propios prejuicios ni de los resultados de la casuística que ha decidido –seleccionándola previamente de la realidad– contemplar a la hora de proceder a resolver la indeterminación de un concepto jurídico (DEL REAL ALCALÁ, p. 233-234).

Así, la dimensión personal interviene a través de los prejuicios del o de la operador(a) jurídico, o sea, su conciencia personal, que en varias ocasiones interviene en la aplicación de uno u otro significado para el concepto indeterminado. En este sentido, resolver el grado de indeterminación no podría librarse de ser catalogada en alguna medida en tarea ideológica.

Aunque sea muy perfecta la regulación de un concepto indeterminado dentro del ordenamiento jurídico, necesariamente habrá alguna laguna o problema jurídico debido a la naturaleza abierta de estos conceptos. De tal forma, los posibles criterios que validan o regulan un concepto indeterminado como el ISN pueden aportar orientación al sentido y alcance del mismo brindando certeza

y seguridad jurídica. Además, la determinación del concepto podrá reducir la incertidumbre en la aplicación de los mismos, pero además podrá encontrar una correcta interpretación ajustada al derecho internacional de los derechos humanos.

Además, el contar con criterios normativos de aplicación e interpretación sobre este tema permitiría que las decisiones que emite el o la operador(a) jurídico sean acordes a las normas y principios del ordenamiento jurídico internacional. Es decir que sus decisiones tendrían sustento conforme a derecho y, por lo tanto, serían acordes conforme al derecho internacional de los derechos humanos, evitando de este modo una discrecionalidad que en momento dado pudiera ser abusiva.

Cabe señalar que de acuerdo con el perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cualquier actuación que afecte a la infancia debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior de la niñez y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad (CIDH, 2002). Por tal razón no basta que el o la operador(a) jurídico sólo mencione en sus resoluciones sino que su evaluación y determinación debe estar ajustada a derecho, mas aun a los derechos humanos.

Ahora bien, la indeterminación de este concepto jurídico provoca que exista un marco de discrecionalidad, el cual puede ser abusivo.

3 DISCRECIONALIDAD JURÍDICA

La discrecionalidad jurídica es concebida como el poder o la facultad de elegir entre dos o más cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como permisible por el sistema de referencia del que se trate; en nuestro caso, el derecho (HART; SACKS, 1958, p. 162). De esta manera, podemos señalar que la discrecionalidad es la potestad de elegir entre varias alternativas; por tal razón, para que ésta exista, deberá haber más de una.

Debido a esta consideración, Barak (1995, p. 07) lleva a cabo una distinción que él mismo considera como alternativa entre lo que llama “discrecionalidad estrecha”, que se daría cuando el número de opciones entre las que puede elegir el órgano decidor son opacas; y “discrecionalidad en sentido fuerte”, que se daría cuando un funcionario, en lo que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión.

La discrecionalidad jurídica se ha centrado en el ámbito administrativo, sin embargo; la realidad demuestra que también existe discrecionalidad judicial. De

tal forma podemos decir que existe la discrecionalidad en el ámbito administrativo así como el judicial.

Sobre el poder legislativo, no podemos hablar de discrecionalidad, ya que se trata de un órgano del Estado que es soberano y, por lo tanto, goza de completa libertad para la creación de leyes. Por tal razón, la participación de este órgano en la discrecionalidad jurídica tiene otra perspectiva, ya que en primer lugar, cuenta con legitimidad democrática (ALEXY, 2005, p. 99-100),⁴ la cual representa la voluntad de los ciudadanos que se deposita en sus representantes elegidos democráticamente. En efecto, el procedimiento legislativo tiene una especial preponderancia dado su carácter configurados de la voluntad popular y mayoritaria, en el sentido de que es el punto de origen y destino del ejercicio del poder. En conjunto, este poder está legitimado democráticamente y, por lo tanto, sus actos de autoridad no gozan de discrecionalidad como lo fueren los actos de los otros dos poderes.

En segundo lugar, el poder legislativo posee la facultad constitucional de crear las leyes de acuerdo al sistema jurídico constitucional. Esto es, de acuerdo con la división clásica de poderes de Montesquieu, el poder legislativo tiene funciones meramente de creación de leyes.

De este modo, podemos señalar que el legislador dota a las leyes de conceptos jurídicos indeterminados para que los jueces se encarguen de darles contenido a los casos concretos. Es decir, conforme al mandato constitucional, el legislador, mediante su voluntad, deja un margen de discrecionalidad a los otros dos poderes para que puedan dotar de contenido a los conceptos jurídicos indeterminados, ya que es imposible prever y determinar todos los supuestos jurídicos dentro de una sociedad que cada día es más compleja.

3.1 DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

La discrecionalidad supone un ámbito de libertad o franquía para que las autoridades administrativas procedan a elegir la solución aplicable al caso concreto, tanto al dictar un acto administrativo como un reglamento, y si ello resulta consustancial al proceso de aplicación de la ley y del derecho. Estas circunstancias implican casi siempre una dosis de creación e integración – cualquiera que sea el órgano estatal que actúe – la cual resulta imprescindible distinguir entre

⁴De acuerdo con la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy en los Estados democráticos existen ciertos principios formales como la competencia para decidir, que está atribuida al legislador, quien está legitimado democráticamente. Sin embargo, dicho autor señala que el control judicial es la única manera de conciliar el control de constitucionalidad con la democracia, la cual es considerada como una forma de representación del pueblo. De tal forma que la representación del pueblo en un Tribunal constitucional es argumentativa.

conceptos determinados e indeterminados para saber si estamos frente a una actividad reglada o discrecional.

De esta manera, la discrecionalidad administrativa, desde la perspectiva clásica, se refiere como aquel supuesto en el que tenga una autoridad administrativa para actuar libremente sin que la conducta que deba adoptar le venga predeterminada por la norma (MICHOU, 1924, p. 103). De este modo, cuando la actividad de la administración se encuentra reglada en una norma se considera que actúa bajo una potestad reglada; caso contrario, estamos ante una actividad discrecional al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados.

La primera de ellas no admite varias soluciones, es precisa o no deja duda sobre su aplicación al caso; mientras que los conceptos jurídicos indeterminados presentan una estructura compleja, ya que admiten la posibilidad de elegir entre varias soluciones.

Sin embargo, a pesar de contar con un control de la discrecionalidad administrativa; ella misma implica – al menos teóricamente – una intervención a la división clásica de poderes; la cual podría terminar, sin las pertinentes cortapisas y en el peor de los casos, en la sustitución de la decisión administrativa por el control judicial.

3.2 DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Como lo vimos anteriormente, en varias ocasiones el ordenamiento jurídico imposibilita al legislador para determinar todas las conductas posibles dentro del Estado, dejando a los órganos jurisdiccionales un amplio cauce para la discrecionalidad frente a la presencia de normas incompletas, vacíos normativos o conceptos indeterminados.

Sobre este tema, Hart (1998, p. 160) señala que la discrecionalidad judicial es una elección entre las alternativas abiertas. En otras palabras, si la discrecionalidad judicial es una elección otorgada a los órganos jurisdiccionales, entonces deben contener una serie de alternativas abiertas, las cuales deben ser ajustadas conforme a derecho.

Por su parte, sobre este asunto, Raz (1996, p. 46-66) sostiene que siempre que el derecho no sea quien establece de forma directa cómo ha de resolverse una cuestión, el derecho se encuentra indeterminado y, por lo tanto, los jueces han de resolver de forma discrecional. De ahí que es el propio sistema jurídico quien otorga esta facultad a los órganos jurisdiccionales de decidir sobre asuntos discrecionales.

En otra forma de aproximarse a la discrecionalidad judicial, Manuel Atienza señala que los jueces gozan de esta potestad tanto en la formulación de la norma aplicable, como en la determinación de los hechos; por eso, tiene sentido exigirles que en el desarrollo de esas operaciones adopten una orientación finalista y muestren claramente cuáles son esos objetivos en lugar de introducirlos subrepticamente; pero propiamente los jueces no pueden justificar esas decisiones (ATIENZA, 2003, p. 283). Desde este punto de vista, este autor señala que el o la juez(a), al aplicar el derecho, conoce y valora cuáles son los principios, reglas y diferentes alternativas para la solución, buscando alcanzar el ideal de justicia (ATIENZA, 1993, p. 30).

Sin embargo, también, las normas interpretativas necesitan a su vez ser interpretadas por criterios que, en muchas de las veces, no pueden encontrarse en el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, pasan desapercibidas (ATIENZA, 1993, p. 30).

Tomando en cuenta lo anterior, podemos observar que los jueces cuentan con un amplio ámbito considerable de discreción para cumplir con su obligación legal de resolver casos bajo el control de normas jurídicas generales. Sin embargo, el problema jurídico sobre la discrecionalidad judicial se centra en cómo debe ejercer esta discrecionalidad jurídica los jueces para resolver casos simples o complicados, todos ellos de conformidad con las reglas del sistema jurídico al que pertenecen.

Así, una vez fijado el planteamiento del problema jurídico de la discrecionalidad judicial, una adelantada solución sería fijar un límite sustancial para la determinación de la decisión discrecional, que se da en el proceso de razonamiento judicial que busca una solución para cada caso, la cual significa que dicha determinación sea correcta o justa como pretenden serlos todos los ordenamientos jurídicos (ETCHEVERRY, 2015, p. 1409).

Así pues, la sentencia jurídica realizada por los órganos jurisdiccionales sería una afirmación sobre recibir un determinado tratamiento, esto debido a que la sentencia guarda un parecido con la norma, ya que en ella se formula un deber-ser (DÍEZ-PICAZO, 1993, p. 294).

Sobre este asunto, la solución que plantea Dworkin es que el o la juez(a) no puede estar aplicando en la solución de tales situaciones su criterio personal y, por lo tanto, crear derecho, sino que por el contrario, frente a este problema como los que plantean los casos difíciles, que tienen que ver con la existencia de reglas jurídicas de textura abierta, el o la juez(a) recurre a la aplicación de los principios jurídicos que, a pesar de no funcionar igual que las reglas, son de carácter obligatorio, teoría que será desarrollada más adelante en el presente capítulo (JIMÉNEZ GIL, 2008, p. 32).

4 PROBLEMAS JURÍDICOS CON LA DISCRECIONALIDAD JURÍDICA ABUSIVA

Uno de los problemas que derivan de los conceptos jurídicos indeterminados es que en principio éstos admiten una serie de decisiones discrecionales por parte del o de la operador(a) jurídico. En muchas ocasiones, éste no actúa en función de conductas predeterminadas que sean ajustadas a la norma, en particular a las normas internacionales en materia de derechos humanos.

En este sentido, la discrecionalidad otorgada por la ley a los operadores(as) jurídicos puede convertirse en un problema jurídico para quienes va dirigido el acto o la omisión, pudiendo afectar sus derechos constitucionales. Además de afectar a los derechos fundamentales consagrados en una constitución política concreta, afectaría aún más los derechos humanos de vocación internacional, sobre todo aquéllos que han sido reconocidos e incorporados en la legislación interna de los países de estudio.

Esto debido a que la discrecionalidad, como lo vimos anteriormente, se considera cuando un órgano del Estado goza de libertad para tomar una decisión concreta entre diversas opciones. De tal suerte, que las implicaciones que tiene el término de libertad en las actuaciones de los y las operadores(as) jurídicos pudiera ser contraproducente al ordenamiento jurídico de los países de estudio. Sobre todo cuando la libertad también está conectada a ideales personales, desproporciones, o incluso a lo irracional, entre otros factores, en el sentido que dichos(as) operadores(as) pudieren otorgarle. De ahí que el margen de libertad con el que gozan los y las operadores(as) jurídicos pudiera ser bastante amplio, lo cual imposibilita, en algunos casos, que el acto de la autoridad sea ajustada siempre a derecho.

Mejor dicho, en el fondo, la discrecionalidad jurídica, tanto administrativa como judicial, no debe ser abusiva, es decir, llegar a ser arbitraria, entendiéndola como un acto o proceder contrario a la justicia, a la razón de las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho.⁵

Sobre la arbitrariedad de los actos u omisiones podría existir un riesgo: que el interés del menor de edad sea usado para justificar preferencias, prejuicios, opciones personales, aprovechándose de la indeterminación del concepto y las facultades discrecionales otorgadas al o a la operador(a) jurídico para decidir su alcance al caso concreto (SIMON CAMPAÑA, p. 195). En caso que la potestad discrecionalidad como la actividad mediante el o la operador(a) jurídico llegara

⁵ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Vigésima segunda edición. Consultado en línea el 18 de junio del 2012 <http://www.rae.es/rae.html>

a tomar una decisión no completamente determinada por los instrumentos jurídicos, estaríamos en el caso de arbitrariedad o discrecionalidad abusiva. Es decir, cuando las alternativas van más allá del orden jurídico establecido.

Tomando en consideración lo anterior, podemos señalar que existe una relación entre incertidumbre e inseguridad jurídica con la arbitrariedad. De tal forma que la arbitrariedad es contraria a derecho, sobre todo porque carece de certeza y seguridad jurídica y, por tal motivo, debe de ser delimitada para prevenirla.

Así pues que la discrecionalidad jurídica ha tenido como tesis la doctrina que la contraria al principio de legalidad administrativa, tras brindar dos o más soluciones. Al respecto, este argumento es en razón que dicha potestad es a consecuencia de una laguna de la ley o proveniente de un concepto jurídico indeterminado, quienes permiten determinar dos o más soluciones por los y las operadores(as) jurídicos, los cuales muchas veces no utilizan parámetros objetivos o de realización concreta, generando falta de legalidad al momento de determinarla.

Por tal razón, esta situación puede provocar que la decisión del o de la operador(a) jurídico no sea clara ni esté vinculada directa y objetivamente al derecho internacional. A pesar que para los dos países de estudio, esta rama del derecho es parte de su sistema jurídico interno.

Por lo que se refiere a las valoraciones personales, para algunos autores, la discrecionalidad también concede cierto grado de poder, al cual denominan “no reglados”. De tal forma, los poderes discrecionales implican que sus titulares puedan afectar unilateralmente intereses de otros, no simplemente haciendo valer las evaluaciones o ponderaciones de intereses previstas en normas preexistentes, sino introduciendo nuevas evaluaciones de intereses, los cuales se trata de un sentido de poder “más material” que la mera competencia formal de producir un resultado normativo (LIFANTE VIDAL, 2005, p. 429).

Por tales razones, es sumamente importante poner límites jurídicos al poder discrecional del o de la operador(a) jurídico, para que cualquier decisión de éste no caiga en el campo de la arbitrariedad.

CONCLUSIÓN

Expuesto lo anterior cabe preguntarse cómo debe ser la decisión del o de la operador(a) jurídico para reducir la discrecionalidad abusiva. Por tal razón, el objetivo primordial de este artículo es proponer qué se debe contemplar para que la decisión que brinden los y las operadores(as) jurídicos sea correcta.

A pesar de los riesgos que provoca la discrecionalidad, es necesaria en el ISN, ya que el órgano aplicador debe de contar con cierta potestad para aplicar este concepto conforme a derecho y al contexto y, en el caso particular, en donde exista la presencia de un menor de edad.

Sin embargo, también es cierto que se deba contar con criterios normativos que requieran ser tomados en consideración cada vez que se tenga que aplicar este concepto a una problemática que involucra derechos del niño. Una de las razones para contar con estos criterios es para evitar abusos y mantener el equilibrio de frenos y contrapesos y, por tal motivo, existen algunas propuestas hechas por la doctrina para limitar la discrecionalidad considerada abusiva.

Para resolver el dilema de la discrecionalidad jurídica que pueda ser abusiva, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados se configura como una propuesta para reducir esta situación jurídica. Una de las principales razones es que esta teoría señala que la norma exige adoptar un juicio científico o técnico por parte de la administración para minimizar la discrecionalidad.

La doctrina italiana ha desarrollado esa tesis, la cual implica tomar en cuenta decisiones administrativas basadas en juicios o reglas técnicas. Así las teorías de Cammeo (1902), Presutti (1910) y Ranelletti (1945) señalan que las decisiones judiciales deben estar basadas en criterios puramente técnicos, los cuales deben estar basados en el control de jueces. De tal forma que la discrecionalidad depende de la forma en que los jueces expiden sus opiniones, esto es, lo que constituye una discrecionalidad técnica jurisprudencial.

En relación con aquella doctrina, Brewer Carías (2000, p. 96) señala que la discrecionalidad técnica es, en efecto, un juicio especializado emitido por la administración, pero que ese juicio, no determina de manera definitiva la decisión adoptada por la administración, por lo tanto la decisión final tomada por la administración sí será recurrible por cuanto en ella se evaluará diversas opciones para emitir el acto.

Contrario a esta doctrina, el jurista italiano, Alessi (1949, p. 145) señala que la discrecionalidad es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público enfocada a los fines de valorar la oportunidad de la acción o el contenido a dar a la acción misma. Además, continúa señalando que es errado hablar de una discrecionalidad meramente técnica, ya que los dos términos son esencialmente inconciliables. Esto, debido a que la administración pública no tiene ninguna facultad de apartarse de reglas y/o criterios técnicos.

Por otro lado, otra propuesta para disminuir la discrecionalidad judicial es la desarrollada por la teoría de Ronald Dworkin (1997) sobre la “responsabilidad

política”. Esta doctrina señala que una de las restricciones a las que deben someterse los jueces sobre la discrecionalidad comprende que éstos sólo pueden adoptar aquellas decisiones que puedan justificarse sobre la base de una teoría general. De tal forma que permitan justificar también las otras decisiones que se proponen adoptar. Así, este autor argumenta que la principal restricción en el ejercicio de la discreción judicial, por un lado, está establecida por la distinción entre los principios que establecen los derechos y, por otro, las políticas que fijan los objetivos sociales colectivos.

Sobre el primero, este autor señala que se distingue del segundo por dos rasgos fundamentales: el primero, que los derechos son distributivos e individualizados, y proveen recursos y oportunidades a cada uno de los individuos que integran la clase que goza del derecho en cuestión. El segundo: los derechos, incluso cuando no son absolutos y pueden ceder ante otros derechos o ante un objetivo social especialmente importante, constituyen un límite o umbral en contra de medidas fundadas en objetivos colectivos. De tal manera que si un supuesto derecho cediera ante cualquier objetivo social legítimo, no sería un verdadero derecho (DWORKIN, 1997).

De acuerdo con esta distinción, la teoría de Dworkin señala que los jueces deben atenerse, y que, en realidad, de hecho así lo hacen, a juzgar de acuerdo a principios, dejando las consideraciones anteriores referidas a políticas a los otros poderes del Estado (NINO, 2003, p. 434).

Además, este autor, añade que los principios que los jueces deben tomar en cuenta en sus decisiones deben de formar parte de una teoría que no sólo permita justificar las otras decisiones que los jueces se propongan tomar, sino que justifique también todas las normas institucionalmente reconocidas, o sea de origen legislativo o jurisprudencial, a lo que llama “requisito de consistencia articulada” (NINO, 2003, p. 435).

Tomando en cuenta lo anterior, podemos señalar que la teoría de Dworkin, de tomar en cuenta los principios de derecho como referentes para reducir la discrecionalidad, resulta limitada, ya que también los principios carecen de contenido normativo; y, por lo tanto, queda a la interpretación de los y las operadores(as) jurídicos. Además, en el caso particular del ISN, este concepto ha sido utilizado como un principio jurídico y, por tal razón, carece de contenido normativo que señale cómo debe aplicarse por parte de los y las operadores(as) jurídicos. En consecuencia, esta teoría nuevamente deja al descubierto la falta de criterios que deben tomarse en cuenta para reducir la discrecionalidad abusiva.

En oposición a Dworkin, sobre las limitaciones a la discrecionalidad abusiva, este artículo pretende proponer criterios normativos que restrinjan el

ejercicio del poder discrecional abusivo para que las decisiones que adopte el operador jurídico no sean sustentadas en caprichos o situaciones que afecten a los derechos humanos, sobre todo cuando los dos Estados, materia de nuestra investigación, han ratificado los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos a favor de la niñez y, además, de reconocerlos como normas jurídicas aplicables dentro de su legislación interna.

Otra propuesta para limitar la discrecionalidad abusiva la enarbola Juan Carlos Cassage (p. 121), quien propone la tesis del control judicial. Para este autor, la tesis sólo tiene cabida si existe un verdadero estado de derecho, el cual tiene como eje central la fiscalización de los actos administrativos por un poder imparcial e independiente, ya sea que se trate de conceptos jurídicos determinados e indeterminados como actos emitidos en ejercicio de facultades discrecionales.

Tomando en consideración lo anterior, el control por parte de los jueces sobre los actos administrativos implica una importante reducción de la discrecionalidad administrativa mediante una solución justa. Así, este autor señala que la inmunidad judicial semejante operaría como escudo cuya principal función consistiría en soslayar el juzgamiento de ciertos actos de los gobernantes o agentes públicos cuando éstos actuaran fuera de la justicia y del derecho y esta circunstancia es precisamente la que viene a justificar la más amplia revisión judicial de los actos dictados en el ejercicio de los poderes discrecionales (CASSAGNE, p. 123).

Sin embargo, quedaría pendiente resolver el tema de la discrecionalidad judicial, la cual desplazaría la discrecionalidad administrativa. Sobre este asunto, el autor señala que una de las técnicas más eficientes para la revisión judicial de la discrecionalidad es su limitación por los principios generales del derecho cuya función rectora y básica del ordenamiento es por todos conocidos. Además, agrega que una de las razones para limitar el poder discrecionalidad administrativo por parte del poder judicial radica en la independencia de ambos poderes y, esta situación que garantiza que los órganos administrativos no utilicen aquellos poderes en perjuicio de los particulares y de los intereses públicos (CASSAGNE, p. 124).

Además, es importante considerar que en los estados constitucionales, el modelo del o de la juez(a) ha cambiado de una manera sustancial, de modo que el o la juez(a) se considera un o una aplicador(a) pasivo(a) de normas que son producidas por el legislador como exclusivo titular del poder de interpretar el sentido de la ley (TARUFFO, 2005, p. 13). De tal forma que los jueces les corresponden fijar determinadamente el sentido y fin de los conceptos, con la

finalidad de terminar la vaguedad de los mismos. Por tal razón, nuevamente, quedaría pendiente resolver la discrecionalidad judicial.

A pesar de esta postura, la realidad es que en muchas ocasiones los conceptos indeterminados no dan pie a que los valores morales sean aplicados de manera uniforme y coherente y, por lo tanto, su aplicación no resolvería el problema jurídico de limitar la discrecionalidad abusiva. Al contrario, podrían generar otro problema al no haber una uniformidad en los valores morales tanto por los operadores jurídicos como en la sociedad.

Además, uno de los problemas planteados sobre la discrecionalidad abusiva es que los valores morales son susceptibles de ser influenciadas por las opiniones y creencias personales del o de la operador(a) jurídico, quien inclusive pudiera también utilizar normas religiosas.

Para nosotros, si los actos discrecionales no estuvieran suficientemente motivados, estaríamos en el campo de la arbitrariedad. Sobre este argumento, el profesor Ramón Fernández (2008, p. 104) señala que la ausencia de motivación es lo primero que marca la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, porque si no hay motivación que sostenga el acto, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien lo adopta.

De tal forma, este autor señala que la motivación se perfila como un criterio de suma importancia ya que en su ausencia, el único apoyo de la decisión sería la sola voluntad de quien lo adopta, apoyo insuficiente como es obvio en un estado de derecho (RAMÓN FERNÁNDEZ, 2008, p. 105). Además, la ausencia de motivación implica la existencia de una decisión ilegal, siendo que la potestad discrecional que le confiere la ley a los jueces, en caso de no contar con este elemento, se traduciría en arbitrariedad, la cual atenta contra el estado de derecho y al sistema jurídico del país de origen. Así, el control que la motivación tiene como objetivo tratar de asegurarse de que la decisión judicial que se convierte en *res iudicata* sea lo mejor, es decir, aquella que mejor satisface las expectativas del ordenamiento jurídico en su conjunto (RENTERÍA, 2002, p. 70).

REFERENCIAS

- ALESSI, Renato, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1949.
- ALEXY, ROBERT. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Fontamara, 2005.
- ALSTON, Philippe (ed.), *the Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, 1994.
- ANGULO LÓPEZ, Geofredo. *Teoría Contemporánea de los Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson.

ARA PINILLA, Ignacio. Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados. *Anuario de Filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, n. XXI, 2004.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. 2 ed. Barcelona: Ariel, 2003.

_____. *El Sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.

_____. *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel, 1993.

BARAK, Aharon. *La discrecionalita del giudice*. Milán: Giuffrè, 1995.

BREWER-CARIAS, Allan Randolph. *V Jornada de derecho administrativo: requisitos y vicios de los actos administrativos*. Caracas: editorial arte, 2000.

CAMMEO, F. *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*. Italia: in Giur, 1902.

CARRIÓ, Genaro. R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 5 ed. Buenos Aires: Edición Lexis-Nexis, 2006.

_____. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979.

CHARLOW, Andrea. *Awarding Custody: The Best Interest of the Child and other Fictions, Chile, Parent and State*. Filadelfia: Ed. Temple University Press, 1994.

CIDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

CILLERO, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Ciudad de Guatemala: Escuela de Estudios Judiciales, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, UNICEF.

COUSO, Jaime. *El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia: Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a ser Oído*, Santiago, UNICEF-Universidad Diego Portales, 2006.

DEL REAL Alcalá, José Alberto. "Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término "nacionalidades" como concepto jurídico indeterminado." *Derechos y Libertades*, No 11, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Boletín Oficial del Estado, 2002

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 3 ed. Barcelona: Ariel, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Mass, 1997

ENDICOTT, Timothy. *La vaguedad en el derecho*. Trad. Juan Vega y J.A. del Real. Madrid: Ed. Dykinson, 2007.

ETCHEVERRY, Juan B. *Discrecionalidad Judicial. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: UNAM, 2015.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. 5 ed. Pamplona: Civitas Ediciones, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, Civitas, 1998.

GARCÍA SALGADO, María José. *Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean*. *Anuario de filosofía del derecho*, Universidad de Oviedo, n. 20, 2003.

HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

_____. El nuevo desafío al positivismo jurídico. Trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. del Párramo, *Sistema*, n. 36, 1980.

_____; SACKS, Albert. *The Legal Process: Basic Problems in the making and application of law*, Foundation Press, 1958.

HODGKIN, R & NEWLL. *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos de los Niños y Niñas*, Ginebra, UNICEF. 1998.

ITURRALDE SESMA, V. *Lenguaje legal y sistema jurídico: Cuestiones relativas a la Aplicación de la Ley*. Madrid: Ed. Tecnos, 1989.

JIMÉNEZ GIL, William. Entre reglas y principios. *Revista de derecho y ciencias sociales*, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, n. 1, 2008.

LIFANTE Vidal, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, Alicante, 2005.

MICHOUD, León. *Théorie de la Personnalité Morale*, Paris, 1924.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 2003.

PECES-BARBA, G. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III-B.O.E, 1999.

PERELMAN, Chaïm. Les notions à contenu variable endroit. Essai de synthèse. En: PERELMAN, Chaïm; ELST, Raymond Van der (Coords.). *Les notions à contenu variable en droit*. Bruxelles, 1984.

POLASKIEWCZ, Martha; CHAVANNEAU, Silvia Susana, et al. *Los Derechos del Niño en la Familia: Discurso y Realidad*, Buenos Aires, Editorial Universalidad, 1998.

PRESUTTI, E. *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*. Italia: in Giur, 1910.

RANELLETTI, Dreste. *Teoría degli atti amministrativi speciali*. Milán: 1945.

RAZ, Joseph, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford University Press, 1999.

RENTERÍA, Adrián. *Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad*. 2 ed. México: Fontamara, 2002.

SIMON CAMPAÑA, FARITH. 2013. Interés Superior del Menor: Técnicas de reducción de la Discrecionalidad Abusiva, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca.

TARUFFO, Michele. Jueces y polític: de la subordinación a la dialéctica. Trad. P. Salazar. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, n. 22, 2005.

THERY, Irène. L'Enfant face a la separación parentale. *Cahiers du city*, n. 4, Vauresson, París.

TORRES PEREA, J.M. *Interés del Menor y Derecho de Familia: Una Perspectiva Multidisciplinar*. Madrid: Iuestel, 2009.

WRÓBLEWSKI, J. Creación del Derecho e Interpretación. Trad. Eugenio Bulyin. *El lenguaje del Derecho*. Homenaje a Genaro Carrió. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1983.