



**UNIVERSIDAD DE CARABOBO  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS  
DIRECCIÓN DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y COMPARADOS**



**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN A  
LAS CONSTITUCIONES DE ESPAÑA Y VENEZUELA**

**Autor:** Jaime Alexander Martínez Lugo

**Campus Bárbula, Noviembre de 2018**



**UNIVERSIDAD DE CARABOBO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**  
**DIRECCIÓN DE POSTGRADO**  
**MAESTRÍA EN ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y COMPARADOS**



**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN A  
LAS CONSTITUCIONES DE ESPAÑA Y VENEZUELA**

**Autor:** Jaime Alexander Martínez Lugo

**Tutor:** Msc. Miriam González Medina

Trabajo de Grado presentado para optar al Título de Magister en Estudios  
Constitucionales y Comparados

**Campus Bárbula, Noviembre de 2018**



**UNIVERSIDAD DE CARABOBO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**  
**DIRECCIÓN DE POSTGRADO**  
**MAESTRÍA EN ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y COMPARADOS**



**CONSTANCIA DE ACEPTACIÓN**

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN A  
LAS CONSTITUCIONES DE ESPAÑA Y VENEZUELA**

**Tutor:** Msc. Miriam González

Aceptado en la Universidad de Carabobo  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Dirección de Postgrado  
Maestría en Estudios Constitucionales y Comparados

---

Tutor: Msc. Miriam González  
C.I: V- 7.084.886

**Campus Bárbula, Noviembre de 2018**



**UNIVERSIDAD DE CARABOBO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**  
**DIRECCIÓN DE POSTGRADO**



**MAESTRÍA EN ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y COMPARADOS**

**Participante:** Jaime Alexander Martínez Lugo

**Tutora:** Miriam González

**Título del Proyecto de Trabajo Especial de Grado:** EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN A LAS CONSTITUCIONES DE ESPAÑA Y VENEZUELA

**INFORME DE ACTIVIDADES**

<b>N°</b>	<b>FECHA DE REUNIÓN</b>	<b>TEMA TRATADO</b>	<b>Observación</b>
1	01/06/2016 13/06/2016 20/06/2016	Planteamiento del Problema. Formulación de los Objetivos de la Investigación y Justificación de la Investigación	
2	21/09/2016 28/09/2016 05/10/2016	Capítulo II. Marco Teórico, antecedentes de la Investigación, Base Teóricas Conceptuales, Legales y Definición de los Términos	
3	10/10/2016 24/10/2016 31/10/2016	Capítulo III. Marco Metodológico, Tipos y Diseños de la Investigación y Técnicas e Instrumentos de la Recolección de los Datos.	
4	12/01/2017 19/01/2017 26/01/2017	Capítulo IV. Análisis de la Información	
5	07/02/2017	Elaboración de las Páginas Preliminares	
6	25/06/2018 16/07/2018	Revisión Final	

Campus Bárbula, Noviembre de 2018



**UNIVERSIDAD DE CARABOBO  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS  
DIRECCIÓN DE POSTGRADO**



**MAESTRÍA EN ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y COMPARADOS**

**VEREDICTO DEL JURADO**

Nosotros, miembros del jurado designado por la coordinadora de la “MAESTRÍA EN ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y COMPARADOS” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo, para la Evaluación del trabajo de grado mencionado: **EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN A LAS CONSTITUCIONES DE ESPAÑA Y VENEZUELA**, presentado por el ciudadano Jaime Alexander Martínez Lugo, titular de la Cédula de Identidad N° v- 6.345.756, acordamos que dicha investigación cumple los requerimientos de forma y de fondo para optar por el título de “Magister en Estudios Constitucionales y Comparados”, consideramos que el mismo reúne los requisitos para ser calificado como:

---

Apellidos y Nombre

Firma

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**Campus Bárbula, Noviembre de 2018**

## ÍNDICE

	Pág.
<b>RESUMEN</b> .....	vii
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	8
<b>CAPÍTULO I. EL PROBLEMA</b>	
Planteamiento del Problema.....	12
Formulación del Problema.....	15
Objetivos General.....	16
Objetivos Específicos.....	16
Justificación del Estudio.....	17
<b>CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO</b>	
Antecedentes de la Investigación.....	19
Bases Teóricas.....	24
Bases Legales.....	43
Definición de Términos.....	45
<b>CAPÍTULO III. MARCO METODOLÓGICO</b>	
Tipo de la Investigación.....	47
Diseño de la Investigación.....	48
Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos.....	49
Técnicas de Análisis de Datos.....	50
Fases de la Investigación.....	51
<b>CAPÍTULO IV. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN</b>	
Análisis de la Información.....	52
<b>CONCLUSIONES</b> .....	61
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	61
<b>REFERENCIAS CONSULTADAS</b> .....	63



**UNIVERSIDAD DE CARABOBO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**  
**DIRECCIÓN DE POSTGRADO**  
**MAESTRÍA EN ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y COMPARADOS**



**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN A  
LAS CONSTITUCIONES DE ESPAÑA Y VENEZUELA**

**Autor:** Jaime Alexander Martínez Lugo

**Tutor:** Miriam González

**Año:** Noviembre, 2018

**RESUMEN**

La presente investigación tiene por finalidad analizar el Interés Superior del Niño en atención a las Constituciones del Reino de España y de la República Bolivariana de Venezuela. La investigación que se presenta se clasificó como de naturaleza descriptiva, ya que se centró en una descripción pormenorizada de los hechos y eventos presentes en la medición precisa de las variables; esto es en el Interés Superior del Niño: definición y delimitación en las constituciones de la República Bolivariana de Venezuela y la del Reino de España. Del análisis se desprende que en lo que respecta al Interés Superior del Niño se tuvo que este concepto representa un principio de interpretación de la norma y que pasa a orientar al operador jurídico en las decisiones concernientes al caso concreto pues el legislador comprende que no puede abarcar todas las situaciones. Se precisó que los elementos que componen al Interés Superior del Niño como un criterio de interpretación de aplicación de la norma son aquellos que el legislador estableció en el artículo 8 de la ley especial, y que deben ponderarse un conjunto de conceptos a los fines de estimar su correcta aplicación, tales como la condición del niño o adolescente como sujeto de desarrollo, el equilibrio entre derechos, garantías y deberes tanto en la Constitución como en el resto de las leyes. En relación con este mismo punto, el investigador consideró que el Tribunal Constitucional Español se aparta del conocimiento de los asuntos relativos al Interés Superior del Menor, alegando que es un asunto que le compete a la sede judicial, es decir, a los tribunales de instancias inferiores y que sólo entraría a valorar en caso de que la motivación de esas decisiones den lugar a ello, pues la utilización del interés superior es empleada como un principio para dilucidar si ha existido vulneración en sus derechos fundamentales pero empleada solo en pocos casos concretos.

**Descriptor:** Convención sobre los Derechos del Niño, Interés Superior del Niño y Visión Jurisprudencial

**Línea de Investigación:** Justicia, Seguridad Jurídica y Constitución.

## SUMMARY

The purpose of this research is to analyze the Higher Interest of the Child in attention to the Constitutions of the Kingdom of Spain and the Republic of Bolivariana de Venezuela. The research presented was classified as descriptive in nature, as it focused on a detailed description of the events and events present in the precise measurement of the variables; this is in the Higher Interest of the Child: definition and delimitation in the constitutions of the Bolivarian Republic of Venezuela and the Kingdom of Spain. The analysis shows that with regard to the Higher Interest of the Child had this concept represents a principle of interpretation of the rule and that goes to guide the legal operator in the decisions concerning the specific case because the legislator understands that it can not cover all situations. It was specified that the elements that make up the Higher Interest of the Child as a criterion of interpretation of application of the norm are those that the legislator established in article 8 of the special law, and that a set of concepts must be weighted for the purpose of estimating its correct application, such as the condition of the child or adolescent as a subject of development, the balance between rights, guarantees and duties both in the Constitution and in the rest of the laws. In relation to this same point, the researcher considered that the Spanish Constitutional Court departs from the knowledge of matters relating to the Higher Interest of Minors, arguing that it is a matter that falls to the judicial seat, that is, to the courts of instances lower and only come to value if the motivation of those decisions lead to this, for the use of interest is employed as a principle to elucidate whether there has been violation of their fundamental rights but used only in a few specific cases.

**Descriptors:** Convention on the Rights of the Child, Higher Interest of the Child and Jurisprudential

**Vision Research Line:** Justice, Legal Security and Constitution.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación busca precisar los alcances del Interés Superior del Niño en cuanto a su definición y delimitación en las constituciones española y venezolana, el cual dada desde su creación está siendo abordada por la doctrina y la jurisprudencia. El origen de este término fue dado por la “Convención de los Derechos del Niño el cual expresa que un niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. En la Declaración de los Derechos del Niño se establece diez principios los cuales son: El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad, El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño, El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento, El derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados, El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física, El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad, El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita, El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia, El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación y El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

Estos conceptos jurídicos indeterminados relacionados con el tema en cuestión no han traído problemas para la Ciencia Procesal, algún sector de la doctrina los aconseja como ventajosos para que el Juez en su labor de creación de derecho para que pueda resolver casos en las diferentes etapas del proceso. Otros como los procesalistas españoles consideran que ellos conducen a ciertos abusos, por cuanto los convierten en herramientas todo terreno, lo cual va contra la lógica y las limitaciones jurídicas que se puedan encontrar. Este podría ser el caso del Interés Superior del Niño (ISN), concepto jurídico indeterminado construido con una gama

de afirmaciones propios e internos del Derecho de cada país, así como con la notoria influencia de Tratados Internacionales.

En función a lo anterior, se revisaron las distintas posiciones manejadas por la doctrina y las Salas del Tribunal Supremo de Justicia en torno al Interés Superior del Niño, además del análisis jurídico de la Constitución Nacional y la española así como de la ley especial, con el objeto de interpretar su aplicación por parte de los operadores de justicia, así como el fin del legislador al dejarlo en las reformas introducidas en la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015), encontrando que los mismos se encuentran presentes en la legislación.

Con respecto al caso de Venezuela, el Interés Superior del Niño se interesa en todo lo concerniente a la materia referente al Derecho de la Niñez y de la Adolescencia. Esto ha sido en esencia, el principio rector imperioso desde la aparición de la rama especial del Derecho regida a normalizar las diversas situaciones de los menores de edad, entiéndase aquellas personas menores de 18 años. Otra entrada en vigencia que dio los inicios fue del Código de Menores en 1939, con el cual se inició en Venezuela la legislación especial en el área, de manera que se concibe a la protección integral y al interés del menor como objetivo central de sus disposiciones y en la normativa posterior contenida en el Estatuto de Menores. En la actualidad, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) no se limita a definir el Interés Superior del Niño como un principio de interpretación, sino que establece en forma imperativa los elementos que deben ser tomados en cuenta para su determinación por el funcionario pertinente. Para dar fe de ello, se tiene que en el artículo 8 expresa: El Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

**Parágrafo Primero.** Para determinar el interés superior de niños, niñas y adolescentes en una situación concreta se debe apreciar:

- a) La opinión de los niños, niñas y adolescentes
- b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y sus deberes.
- c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente.
- d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las personas y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente.
- e) La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo.

**Parágrafo Segundo.** En aplicación del Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

El tema de la investigación recae sobre un contenido que en la práctica judicial ha generado diversas e indebidas interpretaciones, ya que los conceptos jurídicos indeterminados relacionados con el Interés Superior del Niño son herramientas que ha utilizado el legislador para facilitar la labor interpretativa del juez en la aplicación de los preceptos jurídicos. Para llevar a buen término la realización de esta investigación, se empleó una metodología de tipo descriptivo con diseño documental que consiste en la categorización de un hecho fenómeno o grupo, con la finalidad de dar cumplimiento a los objetivos trazados para resolver el problema planteado.

La investigación está estructurada en cuatro (4) capítulos que son:

**En el Capítulo I,** se presenta el planteamiento del problema, el objetivo general y los objetivos específicos, y la justificación de la investigación.

**En el Capítulo II**, se indican los antecedentes Internacionales y Nacionales de la investigación, las Bases Teóricas y Legales consideradas como soporte al estudio y la Definición de los Términos Básicos.

**En el Capítulo III**, se expone lo referente a la metodología utilizada en la investigación, específicamente el tipo de investigación, así como los métodos empleados para tal fin.

Finalmente, **en el Capítulo IV**, se presenta el análisis y la interpretación de los resultados relacionados al Interés Superior del Niño; definición y delimitación en las constituciones española y venezolana, Convención sobre los Derechos del Niño, el Interés Superior en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Interés Superior en la Constitución del Reino de España, el Interés Superior en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la indeterminación en el Derecho, conceptos jurídicos indeterminados, causas principales de indeterminación, posiciones de las Sala Constitucional y de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia respecto al interés superior del niño, sentencia 1917 de la Sala Constitucional, sentencia 019 de la Sala de Casación Social, visión de la jurisprudencia española y finalmente las referencias utilizadas durante la investigación.

## **CAPÍTULO I**

### **EL PROBLEMA**

#### **Planteamiento del Problema**

Con el avance del tiempo el ejercicio del poder punitivo en las sociedades ha ido mutando en innumerables formas, filtrándose en todos los niveles del accionar del Estado y manifestándose a través de las distintas agencias encargadas de materializar su ejecución; no obstante, el desarrollo de las ciencias jurídicas ha permitido encausarlo de una manera racional, con la finalidad de minimizar los efectos nocivos de su ejercicio registrado históricamente hasta datas recientes.

Seguidamente y relacionado con lo anterior, las luchas sociales de los pueblos ha ocasionado el reconocimiento progresivo de derechos y garantías en el ámbito internacional, llevando a las naciones a realizar acuerdos y convenios para mantener la paz y el orden mundial en pro de su reconocimiento, entre los que se cuenta la protección de los niños lo cual se ha caracterizado por ir en franca progresividad a la luz de los derechos humanos, de allí que las múltiples acciones por parte de la comunidad internacional sea adoptar normas de carácter general que establezcan la unificación de criterios y que a su vez sirvan de marco normativo para el Derecho interno de los Estados.

En este orden de ideas, la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1990, al mencionar sobre su interés superior en su artículo 3 numeral primero, establece que:

“...en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, lo que se concreta como un mandato general sin mayores especificaciones acerca del cuándo o el cómo, o bajo qué condiciones se establecerá la primacía de este concepto plasmado y reconocido internacionalmente.

Consecutivamente el Estado venezolano, además de ratificar esta convención, ha incluido este concepto en la Constitución, concretamente en el **artículo 78**, instituyendo que: “...El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernen” tornándose en una muestra de cómo los conceptos jurídicos indeterminados aún están presentes a pesar de los avances de la ciencia jurídica y de la técnica legislativa, exhibiendo importantes problemas al momento de su interpretación y aplicación por parte de los operadores de justicia en los casos concretos.

Es por ello que este podría ser el caso del concepto de “interés superior del niño”, concepto jurídico indeterminado construido con una gama de asertos propios e internos del Derecho de cada país, así como con la notoria influencia de Tratados Internacionales, tal como lo afirma Maldonado (2007) al precisar que:

No hay pues límites comunes a todos los niños o adolescentes, sino límites específicos en casos concretos, de los involucrados en la protección de una garantía o derecho preestablecido. De tal manera que el niño o el adolescente tendrían dentro de la situación jurídica subjetiva u objetivas planteadas en estrados el apoyo legal de su interés superior que deberá ser tomado en cuenta en la decisión correspondiente. Una vez resuelta la misma, el interés superior del niño o del adolescente plasmado en la decisión, no se vuelve común ni se extiende a otros niños o adolescentes que se encuentren en casos similares o de que, necesiten de la atención del sistema de protección previsto en la Ley, porque siempre hay circunstancias fácticas y aún jurídicas que impedirán la identidad o igualdad de los casos. (p. 4).

De lo anterior, se desprende que el caso concreto impone importantes dificultades para preponderar ese interés, en virtud que no todas las circunstancias son dadas para ser apreciadas con los mismos criterios de interpretación, y que estos derechos al ser preponderados en el caso particular, no trasciende al resto de los niños o adolescentes que se encuentren en similares situaciones lo cual conlleva a que se

Cree una nueva situación jurídica conforme a la decisión adoptada solo para ese niño, niña o adolescente.

Por otra parte, a pesar de la actividad jurisprudencial existente en el país desde la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia y la Sala Constitucional, se torna necesario la revisión de los fundamentos considerados para resolver y establecer criterios coherentes y no contradictorios que permitan acercarse a un análisis acertado en cuanto al concepto. Asimismo la tendencia legislativa en el país ha puesto de manifiesto que esta situación se ha venido repitiendo a través de las sucesivas reformas introducidas a la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015), desde su entrada en vigencia en el año 2007, texto en el cual aparece el artículo ocho con sus dos párrafos, redactado con un lenguaje impreciso revestido de conceptos jurídicos indeterminados repitiendo los mismos problemas de técnica legislativa que se presentaron en la ley anterior.

De hecho, las modificaciones posteriores a este texto legal, han dejado intacto este artículo, transfigurándose en la práctica como una cláusula abierta que opera con una amplia discrecionalidad para el órgano ejecutor del poder punitivo del Estado, intentando prever reglas o presupuestos de procedencia en el que someten a una nueva interpretación para lograr calzar la situación en función de este concepto impreciso.

Esta vaguedad y ambigüedad del lenguaje que se presenta en la redacción de la norma, comporta problemas en cuanto a la aplicación del Derecho y al desarrollo legislativo, así lo precisó Carrió (1998) al exponer que: "...la ambigüedad de las palabras como indeterminación extensiva en aquellos supuestos en los que la incertidumbre de la aplicación o interpretación del término brota de que no sabemos en qué sentido ha sido usado" (p. 28-31) de manera que el problema se centra tanto en el uso del lenguaje por parte del legislador, así como en la aplicación derivada de la

interpretación del término, ocasionando en algunos casos el exceso por parte de los operadores jurídicos.

En este orden de ideas, Alcalá (2004) plantea que “no es si existe o no la indeterminación en el Derecho, sino cuál es el grado de indeterminación que los operadores jurídicos han de resolver al aplicarlo e interpretarlo (p. 2), constatándose con ello, la existencia de distintas causas de indeterminación en el lenguaje de los textos jurídicos tales como el uso limitado con el que se utilizan las palabras; la distancia en el tiempo y la voluntad del legislador, siendo estas las causas generales que se han planteado en las distintas legislaciones tanto en Venezuela como en el Reino de España en cuanto al tratamiento del interés superior del niño.

Así las cosas, es imprescindible que el Derecho interno se nutra de otras legislaciones a fin de adoptar aquellas disposiciones concordantes con las ciencias jurídicas que permitan construir criterios coherentes que resuelvan el problema o que se acerquen a una solución idónea. Por ello es importante considerar las referencias concordadas en la Constitución del Reino de España (1978) y las visiones jurisprudenciales que permiten examinar una salida de orden teórico a la situación planteada, es por ello que en apoyo con este planteamiento preliminar, se formulan las siguientes interrogantes:

¿En qué consiste el Interés Superior del Niño su definición y delimitación en las Constituciones del Reino de España y de la República Bolivariana de Venezuela?

¿Qué es el Interés Superior del Niño como un concepto jurídico indeterminado presente en la Constitución española y venezolana?

¿Cómo se aprecia desde la doctrina y la normativa nacional e internacional el Interés Superior del Niño en atención a ambas Constituciones?

¿Cuál es la visión jurisprudencial en Venezuela de la Sala de Casación Social y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en torno a los componentes del Interés Superior del Niño?

¿Cuál es la visión jurisprudencial española y venezolana con respecto al Interés Superior del Niño?

## **OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **Objetivo General**

Analizar el interés superior del niño en atención a las Constituciones del Reino de España y de la República de Bolívariana de Venezuela.

### **Objetivos Específicos**

- Examinar el interés superior del niño desde un concepto jurídico indeterminado presente en la Constitución española y venezolana.
- Identificar desde la doctrina y la normativa nacional e internacional el interés superior del niño en atención a las Constituciones española y venezolana.
- Relacionar la visión jurisprudencial en España y Venezuela en torno a los componentes del interés superior del niño.

## **JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

La labor de administrar justicia dentro del Estado, comporta la elevada misión de apreciar una gran cantidad de circunstancias concordantes con el caso concreto con el fin de preponderar aquellos derechos que el legislador ha plasmado en el texto, materializándolos a través de la correcta interpretación por parte de los juzgadores, transitando por el delgado camino entre el correcto ejercicio y el equilibrio en la decisión, sin llegar a lesionar gravemente la esfera jurídica del justiciable.

Esta investigación abordó el estudio sobre los llamados conceptos jurídicos indeterminados en virtud de los problemas que presenta para la Ciencia Procesal, en la cual se tomó en cuenta que diversos autores sostienen posiciones encontradas que enriquecen el debate en torno al tema, haciendo que el estudio adquiriera una preponderancia y mantenga una merecida vigencia dentro del campo de las ciencias jurídicas.

Dada la relevancia del estudio, se estimó que esta investigación, a pesar que la actual Constitución ya está próxima a cumplir dos décadas, pone en el debate el análisis acerca del uso del lenguaje jurídico en la estructura de la norma evidenciando los problemas que se presentan en la indeterminación del lenguaje utilizado por el legislador y los problemas en cuanto a la aplicación de los conceptos por parte de los operadores de justicia, pues dada la vaguedad del mismo se estima que en el ámbito forense de la práctica profesional, pueden causarse abusos y excesos en su aplicación pues la norma no establece linderos para su interpretación, y deja un amplia brecha de discrecionalidad.

Aunado a lo anterior, la dinámica de la temática planteada también permitió observar que esta situación no solo acontece en el ámbito nacional, conforme a lo previsto en el Constitución y lo expresado por el máximo tribunal de la República en la Sala Constitucional y en la Sala de Casación Social sino que también ha estado presente en otras latitudes como en España, específicamente en la Constitución de su

reino, por ello el interés que representa el tema, busca unir los criterios de estas dos naciones en cuanto al debate planteado en torno a esta problemática, que también puede presentarse en el resto de los demás ordenamientos jurídicos existentes en los países de tradición normativa.

Por lo tanto, resulta importante destacar la pertinencia del trabajo de investigación a desarrollar ya que el tema se relaciona ampliamente con los contenidos inherentes a la Maestría en Estudios Constitucionales Comparados y su contenido se sustenta en la línea de investigación que se refiere a Derecho Constitucional Comparado, por la trascendencia y el gran aporte teórico que representa.

Es por ello que, la relevancia de este estudio es de carácter contemporáneo ya que se trata de un tema que se presenta a diario en la práctica forense no solo en el país sino a nivel de América Latina, ya que la tendencia de los Estados con tradición normativa ha sido la exportación de viejos modelos, con la esperanza de resolver los problemas que aún continúan. Además, entre los aportes teóricos, la investigación conduce a apoyar teorías, que establecen a los niños, niñas, y adolescentes como sujetos plenos de derecho, además de brindar un análisis de la legislación venezolana, en materia constitucional y jurisprudencial desde la perspectiva del Derecho comparado, tomando como referencia la Constitución española y la tendencia jurisprudencial.

Finalmente, entre los aportes investigativos, el mismo se convierte en una fuente de referencia para futuros investigadores interesados en la temática.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

En este capítulo se exponen los fundamentos teóricos una vez que el problema ha sido reducido a términos precisos y explícitos es por ello que Hernández, Fernández y Baptista (2003) consideran que el marco teórico es “un compendio escrito de artículos, libros y otros documentos que describen el estado pasado y actual del conocimiento sobre el problema de estudio” (p. 36), de manera que el propósito es dar a la exploración un método coordinado y coherente de conceptos y proposiciones que permitirán situar el problema y el resultado de su análisis dentro del conjunto de conocimientos existentes. Seguidamente se ponen de manifiesto los elementos que conforman las bases teóricas relacionados con el interés superior del niño su definición y delimitación en las constituciones de la República Bolivariana de Venezuela y la constitución del Reino de España.

#### **Antecedentes de la Investigación**

Son aquellos documentos que permiten establecer un análisis crítico de investigaciones previas para determinar su enfoque metodológico, especificando su relevancia y diferencias con el trabajo propuesto y las circunstancias que lo justifican. Es así como Claret (2009), define los antecedentes como aquellos que: “Se refieren a la revisión de trabajos previos sobre el tema en estudio realizados fundamentalmente en instituciones de educación superior reconocidas, o en su defecto, en otras organizaciones” (p. 19), con base a esta referencia, se considera que los antecedentes, son todos aquellos trabajos de investigación que preceden al que se está realizando y se encuentran relacionados con el objeto de estudio, proporcionando grandes referencias que contribuyen en su desarrollo, permitiendo ampliar el tema que se está estudiando.

### **Antecedentes Internacionales**

**Según Rivas (2015)** en la investigación que presentó llamada **“La Evolución del Interés Superior del Niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva”** la cual tuvo como objetivo estudiar la evolución que ha experimentado el concepto “interés superior del niño” desde su introducción en la Convención sobre los Derechos del Niño hasta el presente, presentando una metodología de tipo descriptiva con un diseño documental.

La autora establece la siguiente conclusión en la que afirma que la comprensión objetiva del Interés Superior del Niño es fundamental para concebirlo como titular de derechos y sostiene que Chile tiene las herramientas para adscribirse al estándar internacional moderno. Recomendando que se requiere urgentemente una reforma en materia de infancia y adolescencia. Por lo tanto el aporte y la relación con esta investigación es que permite estudiar el Interés Superior en concreto y en su dimensión como norma de procedimiento, sin embargo se diferencia con este trabajo debido a que la orientación dada al mismo se centra en un estudio comparativo de dos normas rectoras, una relativa a la Constitución venezolana y la otra la Constitución del Reino de España respecto al interés superior del niño.

Cillero citado López Ronny (2012): **“El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”**, Módulo de Derechos de la Niñez y estándares internacionales sobre Derechos Humanos, Escuela de Estudios Judiciales, Guatemala, s/p., señala que el Interés Superior del Niño, es un concepto que no está exento de críticas y que este principio se debe dar a través de un verbo rector guía, sin especificar su esencia, contenidos y directrices para que ayuden a determinar el significado del referido principio. De igual manera, Cillero (s/a) expone que diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta 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. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera,

porque amparado en el “interés superior” se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

### **Antecedentes Nacionales**

En este sentido Simón (2013) llevó a cabo una investigación denominada **“Interés Superior del Niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva”** la cual tuvo como objetivo analizar el interés superior del niño y las técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva, con una metodología descriptiva con diseño documental.

El autor sostiene que el Interés Superior del Niño, o del menor, ocupa un lugar de privilegio en la legislación, jurisprudencia y la doctrina contemporánea referida al derecho de familia y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Es imposible obviar su estudio en materia alguna que tenga relación con este grupo de edad y sus relaciones de familia.

Y recomendó que la fundamentación de las decisiones judiciales deberían encararse, al aplicar el Interés Superior como principio, de forma similar a la argumentación que realizan los jueces al aplicar el principio de proporcionalidad, es decir, deben considerarse como aspectos fácticos de las decisiones, la adecuación, necesidad; y, el llamado principio de proporcionalidad en sentido estricto, que implica la “optimización a la vista de las posibilidades jurídicas. Por lo tanto, el aporte y la relación con esta investigación es que permite revisar la gran variedad de postulados doctrinales existentes respecto al tema, sin embargo, difiere con este trabajo por cuanto en el actual la orientación será el Interés Superior del Niño su definición y delimitación en las constituciones de la República Bolivariana de Venezuela y la constitución del Reino de España.

Por otra parte Hurtado (2012) desarrolló un estudio titulado **“Impacto del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente Frente a Derechos de Terceras Personas e Igualmente Legítimos”** teniendo como objetivo general determinar el impacto del interés superior de niños, niñas y adolescentes frente a derechos de terceras personas e igualmente legítimos. Presentando una metodología descriptiva con un diseño documental.

La autora argumenta que el Estado debe asegurar el desarrollo del niño, niña u adolescente a través de políticas que brinden el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías a los fines de mejorar el impacto en cuanto a los programas y los resultados proyectados. Ella recomienda que sea de suma importancia que las personas encargadas de dirigir las instituciones que se encuentren vinculadas a este grupo poblacional sepan interpretar correctamente los conceptos que el legislador ha dispuesto en la norma, con la finalidad de aplicarla en su justa dimensión y así cumplir con su finalidad.

Por lo tanto, el aporte y la relación con esta investigación es que la misma se centra en el impacto del interés superior de los niños, niñas y adolescentes frente a los derechos de terceras personas e igualmente legítimos como si fuese un criterio preponderante frente a terceros, sin embargo difiere con este trabajo por cuanto en el actual la orientación será estudiar el interés superior del niño como un concepto jurídico indeterminado en las constituciones de la República Bolivariana de Venezuela y del Reino de España.

De igual manera Rivera (2012) en su investigación titulada **“Visión Jurisprudencial sobre el Interés Superior del Niño”** la cual tuvo como objetivo principal el análisis de la visión jurisprudencial sobre el Interés Superior del Niño en Venezuela, en la cual presenta una metodología descriptiva con un diseño documental.

La autora estima que en la formulación normativa venezolana, se evidencia el reconocimiento a las personas naturales y jurídicas de diversos tipos de interés entre los cuales cabe citar el interés general, el interés colectivo o difuso, el interés familiar, el interés individual y el interés del niño, de los cuales exclusivamente este último tiene el calificativo de superior.

Ella recomienda que deba realizarse una valoración relativa al equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y los deberes que la Constitución y las leyes imponen, así como el respeto a las exigencias del bien común y los derechos de las demás personas. Por lo tanto, el aporte y la relación es que muestra la visión jurisprudencial existente en el país con especial referencia a la Sala Constitucional y Social del máximo Tribunal de la República, sin embargo, la investigación realizada se diferencia en que se hace un análisis del concepto jurídico indeterminado relativo al Interés Superior del Niño.

Asimismo, Vaamonde (2010) llevó a cabo una investigación titulada **“La Capacidad Procesal de Niños, Niñas y Adolescentes para Accionar ante los órganos de Justicia”** presentando como objetivo general el análisis de los niños, niñas y adolescentes en cuanto a la capacidad procesal para accionar ante los órganos de justicia en el cual se evidencia una metodología descriptiva con un diseño documental.

La autora de esta investigación después de haber realizado su estudio afirma que no fue sino hasta la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente sancionada en el año 1998 y vigente desde el año 2000, que se les otorgó el derecho a petición, a ser oídos en los procedimientos, a acudir a las defensorías y a las fiscalías para hacer valer sus derechos en función de la doctrina de protección integral y del Interés Superior del Niño.

Ella recomienda que se debe capacitar a los operadores de justicia, entendiendo no solamente a los jueces y demás trabajadores de los Circuitos Judiciales de

Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, sino también a los defensores públicos, a los fiscales del Ministerio Público, a los consejeros de protección y a los profesionales del derecho en libre ejercicio para que asistan a los niños y niñas en garantizar que no sufran violación alguna de sus derechos y garantías.

Por lo tanto, el aporte y la relación con esta investigación es que permite apreciar los cambios de paradigma en cuanto a los diversos conceptos que facultan la capacidad de los niños y niñas en base a la protección integral y al interés superior del niño, sin embargo el presente estudio mostró la incidencia del interés superior del niño como un concepto jurídico indeterminado.

### **BASES TEÓRICAS**

Las bases teóricas conforman el paradigma de conocimiento bajo el cual se presenta la visión de la investigación. Según Balestrini (2009) son: "...las diversas teorías referentes al objeto de estudio, seleccionadas de acuerdo con la visión del investigador sobre el tema" (p. 94). Por lo tanto, las bases teóricas a desarrollar en la presente investigación son las relativas a: el interés superior del niño, su definición y delimitación en las constituciones de la República Bolivariana de Venezuela y la del Reino de España.

#### **El Interés Superior del Niño**

Ha sido considerado como un principio de interpretación de la norma que viene a orientar las decisiones que se dicten por los órganos judiciales de protección, con la finalidad de hacer extensiva la protección de los bienes jurídicos de los niños, niñas y adolescentes en todos sus ámbitos, de manera que este concepto debe sobrevivir en el tiempo y no quedarse estático ante una situación u época determinada.

En este orden de ideas Grosman (1998) señala que "forma parte de las llamadas "naciones-marco" en el sentido de que son una autolimitación del Poder Legislativo que deja en manos del juzgador elaborar una decisión de acuerdo con la información que surge del caso concreto" (p. 23), con lo cual se pretende dejar a la libre

disposición del juez la emisión de un dictamen que puede ir más allá de lo dilucidado en el caso concreto, reflejando criterios personales en pro de los sujetos involucrados.

Seguidamente Rivero (2000), expresa que “cuando se trata de determinar cómo y quién decide, cuál es y cómo se concreta ese interés nos enfrentamos a una primera divergencia” (p. 23). Las personas que abordan y deciden esa cuestión, por regla general representantes legales y jueces, no operan de manera aséptica y neutral, sino que, por el contrario, en la mayoría de las ocasiones, aún actuando con la mejor intención, no logran sustraerse a sus propias convicciones y prejuicios y, consciente o inconscientemente, encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica vital e ideología, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el niño, con sus necesidades, sentimientos y escala de valores distintos de los que presentan los adultos.

En este orden de ideas Ravetllat (2012) ha precisado que:

Pretender definir lo que debe entenderse como “interés superior del niño” es una tarea compleja, ya que nos enfrentamos a lo que en derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general. Es por ello, que dicho concepto no debe ser interpretado en una forma estática sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que podamos ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo que es el *favor filii* (p. 92).

De acuerdo a lo anterior se aprecia que su definición comporta un proceso que es complejo, haciendo referencia a la existencia de un concepto que jurídicamente no se encuentra determinado con amplia claridad en algunas legislaciones, sino que posee un marco referencial general que intenta orientar la actividad interpretativa del concepto bajo una actividad dinámica que debe necesariamente mantenerse en el tiempo.

Asimismo Roca (1994), tras un análisis exhaustivo de la legislación estatal y autonómica en materia de protección de menores, llega a la conclusión de que dicha normativa gira en torno de este concepto jurídico indeterminado; que representa una evidente garantía de sus derechos fundamentales. El elemento central de cualquier discusión o teorización sobre el tema debe partir de su proyección hacia el futuro, de manera que pueda considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas estratégicas del desarrollo de su personalidad.

### **Convención Sobre los Derechos del Niño**

El artículo tercero párrafo primero de la Convención, regula la adopción de medidas que sean atinentes a los niños en los poderes del Estado, se concentra en la adopción de medidas necesarias tendientes a garantizar su protección, de manera que su contenido se refiere a que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” quedando plasmado este principio para luego ser ratificado por una gran cantidad de Estados que suscribieron y ratificaron la Convención.

La redacción de la disposición es bastante amplia, lo cual significa que la esfera de acción del Interés Superior del Niño es convenientemente extensa. En primer lugar, se refiere a todas las medidas sin precisiones, de modo que, como ha afirmado el Comité sobre los Derechos del Niño (2013), ello incluye tanto acciones como omisiones. Asimismo, va dirigida a los tres poderes del Estado en adición a las instituciones sociales que acompañan la labor de dichos poderes sin especificar características concretas.

Continúa la disposición indicando que “una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. El Comité sobre los Derechos del Niño manifiesta que la expresión a que se atenderá impone una sólida obligación jurídica a

los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome. La literalidad del artículo no deja espacio para valorar los efectos de una medida de forma alternativa, describe una única aproximación. No obstante, cabe destacar que la Convención no explica la manera en que debe atenderse, dejando un vacío en cuanto a su aplicación.

### **En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**

La disposición que el constituyente dispuso en la norma, tuvo por objeto introducir un cambio de paradigma en el sistema normativo y a su vez, sirvió de base para la creación de la llamada doctrina de protección integral referente a los niños, niñas y adolescente, en este sentido, el artículo 78 de la carta magna, se refiere de la siguiente manera:

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y un ente rector nacional dirigirá las políticas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

De lo anterior se desprende que la regulación dada presenta una amplitud bastante considerable en cuanto a su protección, no deja de ser un concepto que goza de un grado de imprecisión, presentando al Interés Superior del Niño como un concepto que está sobreentendido, explícito y viable a todos los administradores de justicia.

### **En la Constitución del Reino de España**

Una interpretación del artículo 10 de la Constitución Española (CE) a la luz de la Declaración de los Derechos Humanos, tal como ordena el propio artículo 10.2, determina que la persona, por el hecho de serlo, el ser humano, es portador de determinados valores y derechos inviolables, de donde es fácil concluir que el interés de la persona menor de edad, de los menores, se identifica con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, que, con el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social.

Tales disposiciones de la Constitución Española se refieren a lo siguiente:

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.
2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

De acuerdo a lo establecido por Añón (2015) El artículo. 39.4 de la CE dispone que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” lo que debe entenderse como reconocimiento del principio del interés del menor. Así, el Tribunal Supremo en la Sentencia 47/15 de 13 de febrero, con ocasión de resolver acerca de la guardia y custodia de un menor, ha dicho que el interés prevalente del menor "es la suma de distintos factores", y es el que prima en estos casos, “de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso”, concluyendo que el interés en abstracto no basta.

Por lo tanto hay que entender “interés del menor” como aquello que le beneficia, entendido el beneficio en el sentido más amplio posible y no solo de orden material, sino también de orden social, psicológico, moral etc., todo aquello que redunde en su dignidad como persona, en la protección de sus derechos fundamentales y coadyuve al libre desarrollo de la personalidad y su desarrollo integral. En definitiva, “interés del menor” debe entenderse desde la aceptación del menor como persona, como sujeto de derecho en cuyas representaciones todas actúan y deciden por él.

### **Interés del Menor en la Ley de 1/96 de Protección Jurídica del Menor**

La Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor ha sido modificada en profundidad por la Ley Orgánica 8/15 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. A partir de la modificación del art. 2 de la LO 1/96 PJM, el interés del menor, según la observación general nº 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en el ámbito de las Naciones Unidas, tiene tres dimensiones: derecho sustantivo, principio jurídico de interpretación y norma de procedimiento.

a) Como derecho sustantivo supone que el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. También es una garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico, o a los niños en general. De esta forma, el art. 2 de la LO 1/96 PJM, en su redacción dada por la L.O. 8/15 recalca este aspecto cuando establece que «todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado».

El artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derecho del Niño, establece una obligación intrínseca para los Estados de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) El interés del niño debe considerarse como principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. De tal forma, el art. 2 indica que «en la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Y concretamente indica que «Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor».

c) También es una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto, o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

### **En la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (Venezuela)**

A los fines de optimizar los mandatos establecidos por el constituyente en la norma rectora, el razonamiento que adopta el legislador con la primera Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (2007) fue establecer un criterio normativo para llevar a cabo el establecimiento del interés superior, mediante un conjunto de reglas que se han mantenido a pesar de las reformas introducidas en la ley especial.

En este sentido en artículo 8 establece que:

El interés superior del niño, niñas y adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de esta ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

**Parágrafo Primero:** Para determinar el interés superior de niños, niñas y adolescentes en una situación concreta se debe apreciar:

- a) La opinión de los niños, niñas y adolescentes;
- b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y sus deberes;
- c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente;
- d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las personas y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente;
- e) La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo.

**Parágrafo segundo:** En aplicación del interés superior de niños, niñas y adolescentes, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Es por ello, que el exceso de regulación de una norma no se debe entender taxativamente como la solución final que ya ha encontrado el legislador para resolver el asunto, ya que por errores propios de la técnica legislativa empleada para la elaboración de la norma, aún pueden encontrarse aspectos exentos de regulación, dejando a la vista de los operadores jurídicos brechas que han de ser solapadas con el criterio del juzgador.

Posteriormente en la reforma introducida a esta norma en el año 2015, este artículo quedo descrito de la misma manera, lo cual indica la conformidad del legislador al no introducir modificaciones en este concepto, pues los cambios

estuvieron dirigidos en otra dirección, significando que el interés superior del niño, ha quedado incólume desde el momento de su promulgación en la norma, sobreviviendo a las distintas actualizaciones del texto normativo.

### **La Indeterminación en el Derecho**

Es una característica que generalmente se manifiesta en los distintos ordenamientos jurídicos con la finalidad de permitir al juzgador la realización de una actividad cognoscitiva para realizar la labor de interpretación ya sea del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, para llevarlo al plano del caso concreto, asimismo es necesario establecer que la misma encuentra justificación y respaldo en un sector importante de la doctrina, tal como acertadamente lo expresa Alcalá (2004) al puntualizar que:

La indeterminación como característica del derecho está respaldada por la teoría jurídica de Hans Kelsen, a través de la idea de la <estructura dinámica> de los sistemas jurídicos; por la de H.L.A. Hart, con la tesis de la <textura abierta> del derecho, o aprehendida por Norberto Bobbio a través del concepto de <sistemas jurídicos abiertos frente a los sistemas cerrados> (p. 128).

De acuerdo a lo anterior, se tiene que estos problemas son de larga data, cuya situación ha ameritado que los grandes exponentes de la doctrina buscaran la forma de encausarlos mediante el análisis de sus teorías, teniendo como resultado que las mismas, se hayan mantenido hasta la actualidad sin lograr la resolución del problema desde una posición definitiva, por ello lo que ha existido es una evolución de los conceptos pues la indeterminación en el derecho ya ha sido abordada desde la perspectiva de la estructura dinámica, la textura abierta y los sistemas jurídicos abiertos frente a los sistemas jurídicos cerrados, no sin antes haber transitado por un intrincado camino filosófico del cual no se deslinda hasta los momentos.

En consonancia con lo anterior, también se ha expresado Núñez (2013) al precisar que:

La indeterminación en el derecho es sin duda una de sus principales características, la cual se encuentra presente sea por voluntad del legislador como técnica legislativa o como una acción involuntaria del mismo, aceptada ya por el derecho como situación inevitable y hasta cierto punto necesaria; así no existiría entonces rama que no la contenga o no haya sido afectada por la vaguedad o indeterminación dada por la presencia de lagunas o conceptos jurídicos indeterminados (p. 11).

En virtud de lo manifestado por este autor, queda en evidencia como la indeterminación en el derecho pasa a ser una de sus características que marca una notable influencia en el campo de la interpretación, del cual se aducen múltiples razones que intentan darle origen a su existencia, tales como la voluntad del legislador en el uso de la técnica legislativa o como una acción involuntaria, que no ha dejado otra consecuencia que aceptarla como un mal necesario que ocasiona la vaguedad en el uso de los términos, así como la causa de origen de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, propios de la misma indeterminación que ha venido marcando al derecho.

Aunado a lo anterior, Alchourrón y Bulygin (1983) al referirse sobre las implicaciones que conlleva la indeterminación, han sostenido que:

Los problemas más frecuentes que plantea la indeterminación se plantean en relación con la aplicación de las normas a casos concretos (reales o ficticios): aun sabiendo perfectamente bien qué significa una expresión, pueden surgir -y a menudo surgen- dudas acerca de su aplicabilidad a un caso o situación concreta dada. Se llama vaguedad a esta característica del lenguaje. Y como todos los términos de un lenguaje tienen uso empírico, es decir, que se usa para referirse a objetos de la experiencia, son de mayor o menor medida vagos, siempre cabe la posibilidad de que surjan problemas de este tipo (p. 16).

De lo manifestado por los autores, se ha posicionado el problema de la indeterminación del derecho con una mayor incidencia en lo que corresponde a la

aplicación de las norma en el caso concreto, puesto que surgen diversas dudas respecto a su aplicación, debido a la vaguedad de algunos términos que componen la redacción de la norma al ser aplicada, dado que el lenguaje que la compone tiene un uso en la realidad práctica, por lo tanto no abarcan todas las situaciones existentes, haciendo que este problema resurja con frecuencia.

En este orden de ideas, Alcalá (Ob. Cit.) plantea que “no es si existe o no la indeterminación en el Derecho, sino cuál es el grado de indeterminación que los operadores jurídicos han de resolver al aplicarlo e interpretarlo (p. 2), constatándose con ello, la existencia de distintas causas de indeterminación en el lenguaje de los textos jurídicos tales como el uso limitado con el que se utilizan las palabras; la distancia en el tiempo y la voluntad del legislador, siendo estas las casusas generales que se han planteado en las distintas legislaciones tanto en Venezuela como en el Reino de España en cuanto al tratamiento del interés superior del niño.

### **Conceptos Jurídicos Indeterminados**

Es el que se usa en una norma dentro de la estructura de los artículos para indicar un supuesto de hecho que se pretende regular. Por ejemplo, en el terreno administrativo, interés público, urgencia; o ya en el ámbito canónico, bien de la Iglesia, necesidad o utilidad de la Iglesia, entre otros. La ventaja de estos conceptos para la función legislativa es clara: basta fijarse en su gran capacidad de abarcar situaciones, sin necesidad de determinar claramente sus detalles o en qué consisten dejando un amplio ámbito de discrecionalidad a los operadores encargados de interpretarla y aplicarla al caso concreto.

En lo que corresponde a su definición Bobbio (1980) al referirse a los sistemas abiertos y cerrados que existen dentro del derecho, lo ha considerado como “aquel en el que la mayor parte de las reglas están o vienen consideradas en estado fluido y en continua transformación” (p.228), es decir que los mismos se presentan como una categoría que admite una actividad dinámica de interpretación en el contexto jurídico

de cara al caso o hecho particular en el que sea necesario precisarlo, permitiendo que la norma jurídica sea alargada en cuanto a su vigencia acoplando análisis y criterios a la situación actual, es decir funcionan como una especie de textura abierta del derecho.

Ahora bien, en lo que corresponde a la ubicación de los conceptos indeterminados en el lenguaje de los textos jurídicos ha sido Hart (1995) quien ha establecido que:

La textura abierta que presenta la naturaleza del derecho, que necesariamente obliga a incorporar conceptos jurídicos indeterminados para poder tipificar todas las posibilidades que puede abarcar un hecho o acto jurídico, se la ha estudiado siempre como una «característica general del lenguaje humano y la falta de certeza en la zona marginal, viene a ser el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho (p. 159).

De cual se desprende que la indeterminación en el lenguaje corriente, pasa a tener una notable influencia en el ámbito del Derecho, específicamente en la estructuración de las normas jurídicas al contemplar ellas, diversos conceptos jurídicos indeterminados del cual los legisladores no les queda otra razón que utilizarlos como una técnica para la creación de esas normas, facilitando la vigencia de las mismas, y a su vez reforzando la discrecionalidad de los operadores de justicia al momento de interpretarlas y aplicarlas.

En lo que respecta a este punto Núñez (Ob. Cit.) al hacer mención del lenguaje y la técnica legislativa ha precisado que:

...el ámbito discrecional que deja el lenguaje puede ser muy amplio, de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es en realidad una elección... la utilización de conceptos jurídicos indeterminados es en numerosas ocasiones una <técnica legislativa> utilizada intencionalmente por la autoridad legislativa... la razón es la imposibilidad de definir de modo exacto y en el momento de creación de la ley, un término jurídico en el que no hay consenso doctrinal, regional, jurisprudencial en todos los

posibles contextos (por ejemplo, sistemas jurídicos de otros países) en los que es susceptible de aplicación e interpretación (p. 22).

De acuerdo a lo planteado por este autor, se desprende que es el lenguaje empleado en la norma, el que principalmente marca la discrecionalidad, admitiendo que estos conceptos deben existir como parte de una técnica empleada al momento de crearla, debido a que siempre hay una distancia entre el momento de la creación de la norma y el momento en que va a ser aplicada en la sociedad, con lo cual se busca prever que ciertos conceptos evolucionan en el tiempo y el contexto, por lo tanto la indeterminación de los mismos permite que la norma sea reinterpretada y no modificada a cada momento.

De igual manera este autor, sigue dando luces respecto a este planteamiento al precisar que “lo que pretende el legislador es lograr que el operador jurídico encuentre un punto central entre su intención inicial y el contexto en el que el derecho acaba aplicándose, sea por sus características o por sus antecedentes en la jurisprudencia” (pgs. 22-23), es decir que parte de la técnica legislativa empleada, lo que busca es un reparto en el objetivo que persigue la norma en el momento de ser interpretada, existiendo un primer momento al ser creada y un segundo al ser aplicada o al verificarse algún antecedente en la jurisprudencia existente.

Asimismo, refiriéndose a la actividad legislativa precisó que:

Por consiguiente, legislar utilizando conceptos jurídicos indeterminados evita tener que definir un término jurídico en el momento de creación de la norma, sea por causa de que dicho término es controvertido –por ejemplo– en su significado semántico y/o en relación a los casos de aplicación que se contemplan. Como gran ventaja tiene la posibilidad de sacar adelante una legislación que, de lo contrario, difícilmente podría recibir aprobación (p. 23).

Es por ello que estos conceptos se han venido utilizando reiteradamente al punto que los legisladores lo han considerado parte de la técnica legislativa a los fines que la norma no pierda su vigencia al describir situaciones mediante el uso de un

lenguaje que pueda quedarse atrapado en el tiempo, trasladando en parte la labor interpretativa a los operadores jurídicos, pero a su vez generando el riesgo de una discrecionalidad que pueda ser exacerbada en los casos concretos.

### **Causas Principales de Indeterminación**

Son aquellas que afectan directamente la claridad en el lenguaje empleado, ya sea que las mismas hayan sido empleadas de forma intencional por el legislador en el empleo de la técnica legislativa, o porque influyen otras circunstancias que se presentan al momento de creación de la norma, haciendo que en la misma se origine una falta de precisión en lo que respecta a la situación a regular, siendo incluso afectada por el tiempo.

En lo que corresponde a las causas de indeterminación en el lenguaje de los textos jurídicos Alcalá (Op. Cit.) ha precisado tres causas principales las cuales se resumen de la manera siguiente:

**Uno.** El uso limitado con que utilizamos las palabras. Algún grado de indeterminación en el significado de las palabras es algo consustancial al propio lenguaje, salvo excepciones... la indeterminación del lenguaje común afecta asimismo al lenguaje jurídico, pues no se trata de lenguajes de naturaleza distinta.

**Dos.** La distancia en el tiempo, que aleja el momento de creación legislativa del Derecho de los casos de su aplicación. La indeterminación del Derecho se acrecienta cuando, permaneciendo la misma norma jurídica escrita... con el transcurso del tiempo, y ante nuevos casos que genera la realidad que caen dentro de su ámbito de aplicación, el sentido inicial de la norma va quedando progresivamente desfasado. La aplicación de esa norma a los nuevos casos necesitará concretar un nuevo sentido de la misma, actualizándose esta, ya sea matizando el sentido inicial del legislador o incluso cambiándolo de manera sustancial.

**Tres.** La voluntad del legislador. El legislador puede voluntariamente acentuar la indeterminación que de por sí ya presenta el lenguaje jurídico escrito. (Sic) (pgs. 335-337).

De acuerdo a lo planteado anteriormente, se desprende que el lenguaje común posee influencia sobre el lenguaje jurídico, por lo tanto el grado de preparación y la cultura del legislador influyen en gran medida en el uso del lenguaje empleado al

momento de creación de la norma, pues la misma es un reflejo de la sociedad al cual se le pretende aplicar, es por ello que esta ha sido una de las principales causas que ha generado la indeterminación tanto en el derecho como en el momento de creación de los textos normativos.

De igual manera, se aprecia que existe un momento de creación, y un momento en que esa norma pasa a tener la vigencia plena para ser aplicada, constatándose un tiempo considerable que transcurre entre ambas situaciones, lo que hace que la misma se aleje un poco de la eficacia con que ha sido diseñada para su regulación efectiva, pudiendo incluso algunos conceptos quedar atrapados en épocas anteriores o en momentos que han sido cambiados por el contexto o curso de los acontecimientos, haciendo que el uso de los conceptos jurídicos indeterminados, sirvan como una técnica de actualización para que los mismos no queden desfasados.

Por otra parte la voluntad del legislador también juega un rol fundamental, pues la misma es la que va a reflejar el sentido y el alcance que la norma posee en el ámbito que pretende regular, haciendo que el mismo emplee el uso de los conceptos jurídicos indeterminados, dejándole una gran responsabilidad a los operadores de justicia a los efectos de su interpretación y aplicación, salvaguardando también, la vigencia de las norma cuando sufra los cambios contextuales, producto del normal avance de las sociedades, buscando mantener por medio de esta técnica su vigencia dentro del ordenamiento jurídico.

En este mismo orden de ideas, Miras (2012), considera que de ese modo se consigue que las normas que lo usan sean flexibles y duraderas, precisamente por el carácter impreciso de su enunciado, sin dejar de indicar, a la vez, suficientemente lo esencial de su *ratio*: la función del concepto indeterminado es, precisamente, expresar lo que el legislador intenta cuando ello puede darse de distintas maneras, algunas incluso desconocidas en el momento de dictar la ley.

Por su parte Ravetllat (Ob. Cit) con la técnica del concepto jurídico indeterminado, la Ley se refiere a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo que está claro es que intenta delimitar un supuesto concreto que admite ser puntualizado en el momento de su aplicación. En otras palabras, en estas situaciones la norma no ofrece la solución directa de cada caso, de tal modo que esta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según la naturaleza del concepto.

Se estima que en muchas ocasiones el legislador emplea palabras vagas de manera deliberada, esto es denominado “conceptos válvula”, cuyo alcance es fijado por quien aplica la norma, como sucede claramente con el interés superior. Para Wróblewski (1983), considera que esta vaguedad es creada con un propósito, 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” (p. 471), existe un consenso general al describir al interés superior como un concepto jurídico indeterminado que se contiene en una cláusula general.

Como tal concepto jurídico, el interés del menor es de los denominados conceptos indeterminados o cláusula general, es una noción abstracta al igual que cuando determinada institución jurídica tiene el carácter de orden público o cuando en ocasiones se alude al interés social. Supone por tanto un principio general que debe presidir cualquier interpretación y decisión que afecte a un menor, estándar de interpretación que se comprende desde la concepción del menor como persona, como sujeto y no meramente objeto de derecho.

Como persona, como ser humano, el menor goza de todos los derechos que le son inherente e inalienables, por lo que su interés es el que debe tenerse en cuenta por encima de los demás intereses, incluso legítimos, puesto que este *interés* se comprende desde el momento en que, sencillamente, la ley no permite al menor adoptar determinadas decisiones.

El menor no decide quienes serán sus padres adoptivos ni sus acogedores, por ejemplo, ni la iniciativa de la adopción parte de él sino, generalmente, de la Administración o de quienes pretenden ser sus padres o acogedores. Pero al igual que el mandatario debe obrar en interés del mandante, el interés del menor es el que prima y prevalece en todo lo que le afecte. Se trata, en definitiva, de proteger los derechos fundamentales de las personas menores de edad que, por virtud de la ley, tienen capacidad jurídica pero no de obrar, pero solo por la ficción legal de que los menores de edad no deben tenerla, lo que en determinadas edades es absolutamente lógico y razonable, pero en otras ocasiones no tanto. Siempre es conflictivo trazar el límite a partir del cual una persona es mayor de edad, o se le reconoce, aun siendo menor, determinada capacidad de obrar.

### **Posiciones de la Sala Constitucional y de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia respecto al Interés Superior del Niño**

Es un principio de interpretación y aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015) que se auto integra conformando con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, un plexo general, garante del desarrollo integral del niño y del adolescente y así lo dejando asentado tanto la Sala Constitucional como la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

**Sala Constitucional, Sentencia N° 1917 de fecha 14/11/02, con Ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero** ha establecido que: Si bien se debe reconocer el interés superior de los menores previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente, dicho principio no configura un escudo impenetrable frente a toda la estructura jurídica del Estado de Derecho, de tal manera que de *iure* se deje sin efecto y son inaplicables todas las demás normas que integran aquella estructura, pues en el supuesto negado se crearía una aberrante desigualdad que podría acabar con el Estado de Derecho.

El “Interés Superior del Niño”, en tanto concepto jurídico indeterminado, tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. A título ejemplificativo, el niño debe ser protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.

El concepto jurídico indeterminado “interés superior” del niño se conecta con uno de los principios de carácter excepcional, junto al de cooperación de la colectividad hacia metas de integración, que tipifica el Derecho de Menores y le diferencian de las restantes ramas de la Ciencia del Derecho, cual es el principio eminentemente intuitivo, en el que reside la esencia misma de su existir.

**Sala de Casación Social, Sentencia N° 019 de fecha 20/01/04, con Ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo** al referirse al *interés superior del niño* alegado como fundamento por el accionante en su solicitud desaplicación, expresó: siendo importante además destacar que en el juicio de desconocimiento, la acción pertenece a los padres y el lapso está directamente relacionado con su interés, no con el interés del niño, pues si a ver vamos, este resulta favorecido no solo por la presunción de paternidad que lo ampara, sino por el lapso de caducidad establecido en su beneficio o protección.

En opinión de Wills (2012) considera que la inclusión de este calificativo en la denominación del interés del niño, niña o adolescente, tal como se ha dejado establecido en las sentencias, no comporta la prevalencia de dicho interés incluso por encima de las reglas legales, en detrimento de la seguridad jurídica que debe garantizarse a todos los destinatarios del ordenamiento jurídico.

El artículo 8° de la Ley Orgánica de Protección al Niño, Niña y Adolescente que quedó transcrito dispone que para su determinación debe ponderarse no solo la condición del niño o adolescente como persona en etapa de desarrollo, sino que debe realizarse una valoración relativa al equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y los deberes que la Constitución y las leyes le imponen, así como, respecto a las exigencias del bien común, los derechos de las demás personas. De manera que el legislador ha sido muy preciso al señalar las pautas a cumplir para arribar a la determinación del interés superior del niño en cada caso concreto, en razón de lo cual se estima que los funcionarios administrativos y judiciales deben dejar constancia en sus decisiones de haber efectuado las valoraciones exigidas por la norma en referencia.

### **Visión de la Jurisprudencia Española**

La actuación del Tribunal Constitucional es poco relevante, puesto que corresponde a los órganos del Poder Judicial la aplicación del principio. El propio Tribunal Constitucional, en Recurso de Amparo número 5258/2000, consideró que es preciso al afirmar que la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a la jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no al Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés.

Lo que sí que ha realizado el Tribunal Constitucional en algunas resoluciones, al dilucidar si ha existido vulneración o no de un derecho fundamental del menor, ha sido utilizar el principio del interés del menor para justificar la legitimación que ostentan sus padres o tutores de dirigirse al Tribunal para pedir el restablecimiento del derecho en cuestión. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1999, del 15 de julio y la Sentencia del mismo Alto Tribunal 197/1991, y del 17/10/2005, ambas referidas al derecho a la intimidad personal y familiar de unos menores. Igualmente la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, del 29 de mayo, relativa a

determinar el derecho de un padre a que sus hijos recibieran enseñanzas religiosas frente a la oposición de la madre que aducía violencia para el derecho a la libertad religiosa de los menores.

### **BASES LEGALES**

Son todos aquellos mecanismos que respaldan de forma jurídica el progreso de la indagación. Según Palella y Martins (2012) son: "...las normativas jurídicas que sustentan el estudio desde la carta magna, las leyes orgánicas, las resoluciones decretos entre otros" (p. 55) y para llevar esta función también es importante que se especifique el número de articulado correspondiente así como una breve paráfrasis de su contenido a fin de relacionarlo con la investigación a desarrollar; por consiguiente se encuentran:

#### **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)**

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como norma rectora del sistema normativo del Estado establece en el artículo 78 la protección de los niños, niñas y adolescentes de la manera siguiente:

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esa materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que se les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

Este principio se asienta como premisa fundamental en la doctrina de la protección integral del niño, consagrada al mismo tiempo en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de manera que estas disposiciones constitucionales son el resultado de los acuerdos internacionales suscritos y ratificados

por la República en esta materia, colocando a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos.

### **Constitución Española (1978)**

La norma rectora del Estado español entre las disposiciones que se refieren directamente a los menores, se encuentra principalmente el artículo 39. 4, el cual establece que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” dejando un amplio margen de interpretación y de discrecionalidad para que los operadores de justicia puedan aplicarla de acuerdo al caso concreto.

### **Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015)**

Esta norma contempla una serie de artículos cuyo objeto es ampliar y desarrollar los derechos y garantías establecidos en la constitución, describiendo su objeto en el artículo 1 de la siguiente manera:

Esta Ley tiene por objeto garantizar a todos los niños y adolescentes, que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, a través de la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben brindarles desde el momento de su concepción.

Este artículo expresa la garantía de los derechos a todo niño que se encuentre en el territorio nacional a través de la protección integral brindada por el Estado, familia y sociedad. De igual manera y en concordancia con el artículo 3, las disposiciones de esta Ley se aplican por igual a todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, pensamiento, conciencia, religión, creencias, cultura, opinión política o de otra índole, posición económica, origen social, étnico o nacional, discapacidad, enfermedad, nacimiento o cualquier otra condición del niño o adolescente, de sus padres, representantes o responsables, o de sus familiares”.

También menciona en su artículo 4, que: “El Estado tiene la obligación indeclinable de tomar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales, y de cualquier otra índole que sean necesarias y apropiadas para asegurar que todos los niños y adolescentes disfruten pleno y efectivamente de sus derechos y garantías.” De allí se deriva la importancia de perseguir todas aquellas conductas que intenten lesionar el disfrute pleno y efectivo de estos derechos.

## **DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS**

**Concepto Jurídico Indeterminado:** es un supuesto de hecho que la ley define de manera abstracta o genérica que solo puede ser concretado por la Administración en los actos de aplicación.

**Convención sobre los Derechos del Niño:** es un instrumento internacional suscrito por Venezuela en el cual se regula la adopción de medidas que conciernan a los niños, niñas y adolescentes por parte de los poderes del Estado, en el cual se concentra en la adopción de las acciones medidas necesarias tendientes a garantizar la protección de sus derechos y garantías.

**Estudio Comparativo:** es la compaginación que se hace entre dos modelos con el fin de estudiar sus características más resaltantes, y de contrastar sus notables diferencias.

**Indeterminación en el Derecho:** Es una característica que generalmente se manifiesta en los distintos ordenamientos jurídicos con la finalidad de permitir al juzgador la realización de una actividad cognoscitiva para realizar la labor de interpretación ya sea del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, para llevarlo al plano del caso concreto.

**Interés Superior del Niño:** El principio del interés superior del niño, niña, o adolescente también conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna,

así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas, niños y adolescentes.

**Protección Constitucional:** es el conjunto de principios referidos a los derechos fundamentales que tienen los individuos frente al Estado, contenidos en el texto normativo de mayor jerarquía como garantía de su observancia.

**Visión Jurisprudencial:** es la actividad desplegada por el máximo tribunal con el objetivo de sintetizar la reacción legislativa, jurisprudencial y doctrinal sobre las cuestiones referidas a un tema en concreto y a un caso en particular, que sirve de base para el establecimiento de nuevos criterios de interpretación.

## **CAPÍTULO III**

### **MARCO METODOLÓGICO**

El marco metodológico es el apartado de la investigación donde se explica la manera cómo se va a realizar el estudio, los pasos para realizarlo, su método. Al respecto, según Arias (2004) la metodología del proyecto: "...incluye el tipo o tipos de investigación, las técnicas y los procedimientos que serán utilizados para llevar a cabo la indagación. Es el cómo se realiza el estudio para responder al problema planteado" (p. 110); por ello es que a continuación se presenta el tipo de investigación, diseño, técnicas e instrumentos de recolección de información, así como las técnicas de análisis y las fases que se llevaron a cabo para el desarrollo del estudio.

#### **Tipo de Investigación**

El nivel de Investigación se refiere al grado de profundidad con que se aborda un fenómeno u objeto de estudio. La investigación que se presenta se clasifica como de naturaleza descriptiva, ya que se centró en una descripción pormenorizada de los hechos y eventos presentes en la medición precisa de las variables; esto es en el interés superior del niño: definición y delimitación en las constituciones de la República Bolivariana de Venezuela y la del Reino de España.

En atención a la opinión del autor referido precedentemente: "Los estudios descriptivos son aquellos que buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno sometido a investigación" (p. 45), con la finalidad de apreciar mejor sus características teóricas.

Ahora bien, de conformidad con la modalidad que presenta la investigación se califica como jurídica dogmática, tomando en cuenta que este tipo de estudio persigue la caracterización de los elementos legales que contribuyen a dilucidar la realidad a estudiar, haciendo valer a la Ciencia del Derecho como parte integrante de las

Ciencias Sociales, que estudia los hechos, procesos y grupos en los que participa el hombre y como disciplina científica obliga a una delimitación del objeto de estudio.

### **Diseño de la investigación**

El estudio se ubicó dentro de la línea jurídica penal, en la cual se pretende desarrollar bajo el título: El Interés Superior del Niño: definición y delimitación a las constituciones de España y Venezuela. Obedece a la naturaleza documental el cual requiere de la aplicación del diseño bibliográfico. Sobre este punto existe el criterio **Witker (1997)** quien afirma que “es aquella que concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista descartando todo elemento táctico o real que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión (p. 183). De esta manera, cuando se refiere el carácter jurídico dogmático significa examinar los elementos formales normativos como tal, la ley. La investigación jurídica se considera una actividad formativa básica de la docencia y enseñanza del Derecho, donde los abogados o juristas trabajan con problemas jurídicos legales planteando vías de solución o resolviendo estos en calidad de aplicadores o intérpretes del orden normativo.

En este sentido, el objeto de estudio no son solamente las fuentes formales como la Constitución, la ley y la jurisprudencia, leyes especiales, la costumbre, los actos jurídicos, los actos corporativos y los principios generales del Derecho, sino también las realidades sociales que operan y definen la eficacia de esas normas sobre los diferentes actores a los que van destinados.

De igual manera, y en atención a la estrategia que empleó el investigador para buscar la información se considera de índole documental por cuanto la fuente de datos y la aproximación a ellos se apoyaron en el examen de documentos escritos, instrumentos digitales y fuentes bibliográficas tanto físicas como audiovisuales. Con fundamento a este punto, Tamayo y Tamayo (2010) expresa que la investigación documental: “Constituye un procedimiento científico y sistemático de indagación,

organización, interpretación y presunción de datos e información de un determinado tema, basado en una estrategia de análisis de documentos” (p. 123), las cuales resultaron pertinente para darle soporte y mayor veracidad al estudio realizado y obtener nuevos conocimientos para su análisis y el cumplimiento de los objetivos propuestos.

### **Técnicas de Recolección de la Información**

La técnica es aquella labor compuesta por el conjunto de procedimientos aplicados para recoger la información sobre la cual debe trabajar el investigador que indica cómo abordar el estudio, por lo que en el presente trabajo de grado para la recopilación de los datos, por tratarse de una investigación jurídica-documental, donde las fuentes por excelencia son los documentos se hizo a través de la técnica de la observación documental, que comprendió la revisión de aquellos relativos a la temática en estudio.

El proceso de recolección de datos se realizó utilizando el subrayado para resaltar el extracto de las ideas principales de un texto; el fichaje que permite el almacenamiento de datos e ideas para la elaboración de la investigación y el arqueo bibliográfico para la realización de la composición del acervo material impreso, permitiendo a su vez la formulación de criterios.

De igual forma se hizo uso del plan o esquema el que pertenece al inicio del trabajo, y según Arias (ob. cit.) “Implica pensar y analizar cuáles son los elementos de la investigación de acuerdo al eje temático en estudio y el cómo deberán estar relacionados” (p. 71). Es así como se realizó un esquema previo para canalizar la exploración documental, para luego proceder a la descripción de cada una de las variables analizadas. En tal sentido y en función que se trató de una investigación apoyada en un diseño bibliográfico o documental, las fuentes utilizadas por excelencia son los documentos en todas sus manifestaciones. Cuando las fuentes son documentos, las técnicas apropiadas son: el fichaje manual o el electrónico y la

observación documental, a través de las cuales se puede registrar la información a través de la computadora y almacenarla sistemáticamente, sumamente necesarias de acuerdo a la temática de estudio. El instrumento aplicado para el registro de los datos, consistió en la aplicación del llamado sistema fólger, donde la información se recolectó en hojas blancas, en computadora debidamente identificada, siguiendo secuencia y archivándose en carpetas. Mediante este sistema, la selección y análisis de datos se transcribe en el computador, para su respectivo registro y esquematización como borrador.

### **Técnica de Análisis de Datos**

El método que se utilizó para el desarrollo del tema es el deductivo analítico, el cual permite que a partir del análisis general de la documentación existente, se pueda describir una situación particular, con el apoyo de la teoría del tema estudiado. Con relación al método deductivo, Méndez (2006), determina que: “El conocimiento deductivo permite que las verdades particulares contenidas en las verdades universales se vuelvan explícitas” (p. 81).

En cuanto al método analítico, el autor referido sostiene que el análisis inicia su proceso de conocimiento a partir de la identificación de cada uno de los elementos que caracterizan a una realidad, posibilita entonces, descomponer todos los elementos, específicamente los documentales obtenidos a través de la recopilación de información para examinar y clasificar las causas, la naturaleza y los efectos. Este procedimiento tiene la ventaja de puntualizar aspectos relevantes y significativos de la temática que se investigará. Asimismo, se empleó el método sintético, que según Sabino (2007) lo describe como: “...reunir varias cosas de modo que conformen una totalidad coherente empleando una diversidad de técnicas e instrumentos de recolección de información” (p. 76), lo que posibilitará aplicar los materiales bibliográficos consultados a través del proceso de investigación.

Por ello, el investigador empleó como técnica de análisis, obligatoriamente la de la interpretación jurídica, que en atención a García (1980) estas representan métodos que sirven para darle significado y aplicación a las normas jurídicas, donde la hermenéutica y la heurística son las herramientas que permiten consolidar el proceso analítico, es decir, cuando no hubiere disposición precisa de la ley se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas y si hubiere todavía dudas se aplicarán los principios generales del Derecho, lo cual permite expresar que estas técnicas fueron las idóneas para el desarrollo y culminación del trabajo investigativo.

Dentro de esta perspectiva, se manejaron las técnicas de análisis de contenido, el interpretativo, el de tipo selectivo, la revisión de las investigaciones realizadas con anterioridad que guardan relación directa o indirectamente con el tema objeto de estudio, la comparación y la confirmación, alcanzando una revisión documentada atendiendo a su nivel descriptivo.

### **Fases de la Investigación**

En función de poder lograr los objetivos propuestos, el trabajo de investigación se realizará conforme a tres grandes etapas a saber:

a) **En la primera etapa** se procedió a la búsqueda de la información necesaria para realizar la investigación, haciendo uso de la observación documental, para cumplir con lo establecido en los objetivos de la investigación.

b) **En la segunda etapa** se realizó la recopilación de los antecedentes de la investigación, así como de las bases teóricas, necesarias para formular, validar y analizar los datos extraídos.

c) **En la tercera etapa** se formularon de conclusiones y recomendaciones: se analizaron los resultados obtenidos, relacionándolos con las interrogantes y objetivos planteados en la investigación con la finalidad de evaluar la correspondencia y articulación del conocimiento obtenido.

d) **Finalmente**, se discriminó la información y se ordenó de manera metodológica, obteniendo así las pertinentes conclusiones y recomendaciones.

## **CAPÍTULO IV**

### **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS**

En este capítulo se formalizó el análisis del Interés Superior del Niño su definición y delimitación en las Constituciones de la República de Venezuela y la Constitución del Reino de España, de acuerdo a los objetivos específicos planteados tomando en cuenta la naturaleza de la investigación, por lo que se obtuvieron los siguientes resultados:

#### **1) Examinar el Interés Superior del Niño desde un concepto jurídico indeterminado presente en la Constitución venezolana y española.**

Para llevar a cabo el análisis de este objetivo fue necesario realizar la revisión de los siguientes tópicos: el Interés Superior del Niño, la indeterminación en el Derecho, conceptos jurídicos indeterminados, y las causas principales de indeterminación llegando a los resultados siguientes

En lo que respecta al Interés Superior del Niño se tuvo que este concepto representa un principio de interpretación de la norma y que pasa a orientar al operador jurídico en las decisiones concernientes al caso concreto pues el legislador comprende que no puede abarcar todas las situaciones, por lo tanto, solo se limita a dibujar el camino por medio del cual se tomarán las decisiones, ponderando de acuerdo a los parámetros establecidos en la norma, los derechos y garantías atribuibles a los niños, niñas y adolescentes.

Es por ello que, lo planteado por Grosman (Ob. Cit.) es lo más acertado conforme al planteamiento anterior pues el mismo estimó que ese concepto forma parte de lo que se ha denominado nociones marco, es decir, pasa a ser un punto de

referencia para elaborar las decisiones, concediendo al juez una discrecionalidad que le permita aplicarlo, logrando dos fines esenciales que es la resolución del caso concreto y el mantenimiento de la vigencia de la norma puesto que debe hacer extensivo el alcance de dicho concepto.

En este mismo orden de ideas, se manifestó la conformidad de lo expresado por Rivero (Ob. Cit.) ya que agrega un elemento subjetivo que posee peso en lo que respecta a la valoración realizada por el operador jurídico para la interpretación y la correspondiente aplicación de ese concepto, pues también entran en juego las propias convicciones y prejuicios que pudieran apartarlo de la posición aséptica y neutral que se requiere para valorar lo planteado en el caso concreto, lo que hace que se aparte del rango de objetividad con que debe apreciar los hechos que envuelven el caso, donde deben prevalecer la posición del niño con sus necesidades, sentimientos y escala de valores distintas a la de los adultos.

Por su parte, las consideraciones de Ravetllat (Ib.) se estructuran de una manera más concreta a lo planteado en los objetivos de la investigación realizada, pues la definición del concepto es una tarea compleja el cual admite que esta revestida de una indeterminación como una cláusula general, llevando a que dicho concepto sea interpretado en forma dinámica y no que sea apreciado desde un punto de vista estático, sin tener en cuenta la transformación constante del derecho y la sociedad.

En este mismo orden de ideas, se consideró que el análisis presentado por Rojas (Ob. Cit.) muestra la dirección hacia donde debe orientarse la interpretación del Interés Superior del Niño, pues la proyección a juicio de este autor es hacia el futuro, considerándolo como una expresión a utilizar en cualquier discusión o teorización sobre el tema, teniendo en cuenta que parte de la normativa en materia de niños, niñas y adolescentes gira en torno a este concepto como elemento central de la discusión.

En lo que respecta a la indeterminación en el Derecho, se tuvo que la misma es una característica que presentan los ordenamientos jurídicos como un común

denominador pues torna difícil darle respuesta a todos los casos desde un ordenamiento jurídico que no sea flexible y que no permita a los operadores mantener un rango de discrecionalidad para la interpretación y la aplicación de la ley y la jurisprudencia.

Es por ello, que se estuvo de acuerdo con lo planteado por Alcalá (Ib.) al precisar que la indeterminación en el derecho encuentra incluso un respaldo desde la doctrina al constatarse que son planteamientos que forman parte de la filosofía jurídica tal como lo expresaron diversos exponentes como Kelsen, Hart y Bobbio cuyas obras aún se mantienen vigentes por medio de las teorías de la estructura dinámica, la textura abierta y los sistemas abiertos y cerrados, pues la indeterminación en el derecho no es una novedad dentro de las ciencias jurídicas.

En este mismo orden de ideas, se estimó necesario traer a colación los planteamientos expresados por Núñez (Op. Cit.), debido a que establece que la indeterminación en el derecho se manifiesta como una de sus principales características, y que incluso es utilizada de acuerdo a la voluntad del legislador como una técnica legislativa, siendo aceptada como una realidad casi inevitable y que también puede ser objeto de una acción involuntaria por parte de aquellos que elaboran la normas, estimando que esta realidad afecta a todas las ramas de esta ciencia.

De igual manera, se estuvo de acuerdo con lo expresado por Alchourrón y Bulygin (Ob. Cit.) al considerar que la vaguedad en el lenguaje también influye en el lenguaje jurídico, haciendo que esta situación se torne frecuente en la aplicación de la norma hacia los casos concretos, estableciendo la posibilidad que los mismos sean recurrentes, deduciendo que hasta los momentos no se ha logrado dar una solución definitiva a esta situación dentro del campo de las ciencias jurídicas.

Seguidamente se encontró que Alcalá (Ibídem) se pronuncia nuevamente sobre la indeterminación en el derecho pero en un tono diferente, al estimar que no es si

existe o no la indeterminación sino en busca de establecer ahora, cuál sería el grado de indeterminación existente en el mismo, constituyendo una tarea a resolver por parte de los operadores jurídicos al momento de interpretar y aplicar la norma, entendiendo que existen varias causas que influyen en el origen de la indeterminación en el Derecho.

Adicionalmente, respecto a los conceptos jurídicos indeterminados, los mismos se interpretan siguiendo la discrecionalidad que el legislador le otorga de manera tácita al encargado de aplicar la norma en el caso concreto, puesto que no es dable al derecho, regular todas las situaciones existentes, se saldría de su ámbito natural de control social, por lo tanto es sumamente acertado los planteamientos de Bobbio (Ob. Cit.) cuando plantea los sistemas abiertos y cerrados existentes dentro del derecho, pues las reglas están colocadas de forma fluida y están sometidas a una continua transformación, conllevando a que la actividad de interpretación sea realizada de manera dinámica sobre la base de los contextos actuales en que deba ser aplicado ese concepto, dejando entrever una clausula abierta que da origen a la interpretación continua.

Sobre la base de lo anterior, se constató que el análisis necesariamente debe pasar por los planteamientos de Hart (Ob. Cit.) al haber sostenido la tesis de la textura abierta del derecho, donde necesariamente se incorporan conceptos jurídicos indeterminados con la finalidad de poder abarcar las distintas posibilidades de aplicación del mismo, atribuyéndole al lenguaje humano la falta de certeza como característica, ya que el empleo de términos clasificatorios generales, influyen en las distintas formas de comunicación, dotando de imprecisión las cuestiones de hecho que la norma debe regular.

Aunado a ello, sigue siendo de importancia las consideraciones formuladas por Núñez (Ib.) ya que el lenguaje y la técnica legislativa empleada son utilizadas por el legislador al momento de creación de la norma jurídica, dejando a salvo un ámbito

discrecional en manos de los operadores jurídicos, que a su vez se ven forzados a elegir la aplicación de los preceptos para la resolución del caso concreto, lidiando conjuntamente con sus intenciones, pues la elección de los conceptos jurídicos indeterminados ha sido empleado como parte de técnica legislativa para mantener la vigencia de la norma en virtud de la falta de consenso doctrinal, y la imposibilidad de realizar una definición en forma exacta cuando se crea la norma.

Sobre la base del planteamiento anterior, también se indagó que este autor estima que es necesario que el operador jurídico logre encontrar un punto que equilibre su intención inicial y el contexto en que deba aplicarse el concepto indeterminado, aduciendo que su empleo como una técnica legislativa evitaría que tenga que definirse constantemente ese término, debido a las implicaciones semánticas del lenguaje empleado, y a su vez permite encontrar la aprobación de la norma para mantener su estado de vigencia.

Ahora bien, en lo atinente a las causas principales de indeterminación, se encontró que existen tres que son de gran peso y de notable influencia en la que algunos autores se han pronunciado a los fines de resaltar su importancia y sus implicaciones para el manejo de los conceptos jurídicos indeterminados, la primera de ellas se refiere al uso limitado con que se utilizan las palabras, la segunda es la distancia en el tiempo y la voluntad del legislador, constatándose que posee una notable influencia en la construcción y la eficacia de la norma al momento de ser interpretada y aplicada por los operadores jurídicos.

Además, Miras (Ob. Cit.) al referirse sobre estos conceptos, expresa que los mismos dotan de flexibilidad a las normas que lo emplean, para que se extienda su durabilidad, sin obviar su esencia, dejando un espacio incluso cuando el legislador desconoce la situación al momento de dictar la norma, asimismo, Ravetllat (Ibídem) se refiere a estos como una técnica y establece que su empleo no parecen bien

precisado pero sí busca intentar delimitar un supuesto concreto que admite ser puntualizado en el momento de su aplicación.

Por su parte, se estimó de importancia las consideraciones planteadas por Wróblewski (Ob. Cit.) ya que al hacer alusión a la vaguedad, la toma como una forma de accionar del legislador, el cual lo emplea con un propósito, y es, el de dar una vía de escape al intérprete, siendo denominados también como conceptos válvulas, puesto que las expresiones lingüísticas valorativas, también pueden ser interpretadas de múltiples maneras conforme al contexto cultural.

Finalmente, lo planteado con anterioridad permitió examinar el Interés Superior del Niño desde un concepto jurídico indeterminado presente en la Constitución venezolana como una técnica legislativa empleada por los constituyentistas de la época al momento de redactar el artículo 78, tomando en cuenta la existencia de la indeterminación en el Derecho que da origen al empleo de estos conceptos a los fines de mantener la vigencia de la norma a través de la actividad interpretativa en los casos concretos.

## **2) Relacionar la visión jurisprudencial en Venezuela de la Sala de Casación Social y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en torno a los componentes del Interés Superior del Niño.**

En lo que respecta a este objetivo se analizaron las categorías concernientes a las posiciones de la Sala Constitucional y de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en relación con las sentencias 1917 y la 019 respectivamente, y la visión de la jurisprudencia española logrando obtener los siguientes resultados:

El criterio que ha sostenido el máximo tribunal respecto a los componentes del Interés Superior del Niño ha sido definido en dos vías, la primera de ellas es la asentada por la Sala Constitucional en sentencia 1917 de 14/11/02, en donde se encontró que debe reconocerse, y que el mismo no constituye un escudo impenetrable

frente a toda estructura jurídica del Estado de Derecho, admitiendo su flexibilidad ante el resto del ordenamiento jurídico, de igual manera lo asume de pleno como un concepto jurídico indeterminado cuyo objetivo es que se proteja de forma integral al niño, antes y después del nacimiento.

Asimismo, en la sentencia 019 de fecha 20/01/04 emanada de la Sala de Casación Social del máximo tribunal de la república, se precisó que los elementos que componen el Interés Superior del Niño como un criterio de interpretación de aplicación de la norma son aquellos que el legislador estableció en el artículo 8 de la ley especial, y que deben ponderarse un conjunto de conceptos a los fines de estimar su correcta aplicación, tales como la condición del niño o adolescente como sujeto de desarrollo, el equilibrio entre derechos, garantías y deberes tanto en la Constitución como en el resto de las leyes.

En relación con este mismo punto, el investigador consideró que la visión que presenta la jurisprudencia española juega un papel importante en el análisis llevado a cabo, pues el Tribunal Constitucional Español se aparta del conocimiento de los asuntos relativos al Interés Superior del Menor, alegando que es un asunto que le compete a la sede judicial, es decir, a los tribunales de instancias inferiores y que solo entraría a valorar en caso de que la motivación de esas decisiones den lugar a ello, pues la utilización del interés superior es empleada como un principio para dilucidar si ha existido vulneración en sus derechos fundamentales, pero empleada solo en pocos casos concretos.

### **3) Identificar desde la doctrina y la normativa nacional e internacional el Interés Superior del Niño en atención a las Constituciones española y venezolana.**

A los fines de dar respuesta a lo planteado en este objetivo específico se analizaron los conceptos relativos a la convención sobre los derechos del niño, el

interés superior del niño en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Interés Superior del Niño en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, llegando a obtener los resultados que se presentan a continuación:

Con respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño se obtuvo que este instrumento jurídico de carácter internacional fija el norte en cuanto a la adopción de medidas que fueran concernientes a los niños, por parte de los órganos del Estado, indicando de manera expresa que se atenderá al interés superior del niño, mostrando una redacción amplia que admite acciones y omisiones en el momento de su aplicación, teniendo a este concepto como una consideración especial con carácter primordial que implica obligaciones jurídicas a los Estados para que adopte medidas en este sentido.

En este orden de ideas, el constituyente venezolano en el año 1999 introduce el término de Interés Superior del Niño en el artículo 78 de la CRBV como un dispositivo que implica un principio de interpretación y de aplicación respecto al caso concreto cuyo mandato expreso indica que el Estado, las familias y la sociedad aseguran con prioridad absoluta, tomando en cuenta el interés superior del niño en las decisiones y acciones que les conciernan, esto es motivado a los acuerdos y tratados internacionales que se han suscrito, por ende la carta magna al incorporarlo constitucionaliza y le atribuye un rango definido que servirá de marco para las otras leyes.

Aunado a lo anterior, se encontró que en la Constitución del Reino del España si bien es cierto que no lo contiene expresamente, lo toma como marco de referencia para la valoración del Interés del Menor, según lo contenido en el artículo 10 el cual versa sobre la declaración de los derechos humanos, en donde se deduce que el menor es sujeto de valores y derechos inviolables en virtud de la dignidad de la persona, siendo acertado lo expuesto por Añón (Ob. Cit.) al estimar que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”,

siendo amparado por todos acuerdos, pactos y acuerdos internacionales que la Constitución española reconozca.

En concordancia con lo anterior, y siguiendo la línea trazada en la Constitución, se observó que el legislador venezolano en la ley especial traza un norte más definido respecto al Interés Superior del Niño, colocando en el artículo 8 los parámetros generales de ponderación como en criterio, asimismo el artículo lo define como un principio de interpretación y aplicación de esa misma ley, teniendo incluso carácter obligatorio, por parte de los llamados a la aplicación de la norma en el caso concreto, tales parámetros constan de cinco vértices que lo apoyan como lo es la opinión, la necesidad de equilibrio entre los derechos, garantías y deberes, entre las exigencias del bien común, entre sus derechos y los derechos de las personas adultas, así como su condición específica como personas en desarrollo.

Con lo anterior se pone en evidencia que si bien es cierto que el término Interés Superior es un concepto jurídico que es indeterminado, el legislador patrio, por lo menos ha delineado las vías a tomar para su interpretación por parte de los operadores jurídicos para su aplicación en el caso concreto, a los fines de intentar minimizar el impacto negativo que ha dejado la discrecionalidad de quien aplica este principio, pues el proceso de ponderación debe ser bien estructurado a los fines de lograr los objetivos propuestos en la ley especial.

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

En este epígrafe se presentan las conclusiones derivadas a la luz de los resultados obtenidos en el desarrollo de los objetivos específicos, así como la mención de las recomendaciones sugeridas en relación al Interés Superior del Niño, su definición y delimitación en las Constituciones de la República Bolivariana de Venezuela y la del Reino de España.

- La indeterminación en el Derecho es una de sus características de larga data que hasta la presente fecha no ha sido resuelta del todo, debido a lo difícil que es formular una solución genérica para todas las ramas.

- El Interés Superior del Niño, como principio de interpretación y de aplicación obligatoria de la ley especial que lo rige, posee vértices que dirigen la actividad cognoscitiva del operador jurídico al realizar su interpretación y aplicación en el caso concreto.

- No se observan parámetros gravosos que logre establecer el Interés Superior del Menor en la Constitución del Reino de España, evidenciando que nuestra legislación es más protectora y garantista en esa materia.

- El Máximo Tribunal de la República si se ha pronunciado respecto a este término, ratificando el contenido de sus elementos de conformidad a lo establecido en la ley especial.

- El Tribunal Constitucional español, solamente se limita a conocer cuando la motivación de la sentencia sea motivo de un recurso de amparo, de resto se lo atribuye a la función judicial en instancias inferiores.

- Este término si está plenamente identificado tanto en la doctrina como en la ley, con diferencias de acuerdo a cada legislación.

- La mayoría de las posiciones doctrinarias afirman que los conceptos jurídicos indeterminados son utilizados a propósito por el legislador como parte de la técnica legislativa empleada al momento de creación de la norma, dejando la discrecionalidad al operador jurídico para que contribuya al mantenimiento de su vigencia en el tiempo.

Considerando las conclusiones formuladas se presentan las siguientes recomendaciones:

- Es necesario que el Estado tome en cuenta este tipo de investigaciones desarrolladas en las casa de estudios, con la finalidad de optimizar el funcionamiento de los órganos y entes auxiliares a la administración de justicia mediante la formación y la capacitación constante de los operadores de justicia.

- Es importante el estudio permanente de los factores que producen la indeterminación en el Derecho a los fines de poder desarrollar estrategias que permitan minimizar las implicaciones que esto conlleva en los términos empleados en las normas jurídicas.

- Divulgar los resultados obtenidos de la presente investigación así como la continuación del estudio de los distintos conceptos jurídicos indeterminados existentes en el ordenamiento jurídico venezolano, a los fines de tener en cuenta la importancia que requiere su estudio constante, tanto en nuestra legislación como en la legislación comparada.

## REFERENCIAS CONSULTADAS

- Alcalá, A. (2004). Sobre la Indeterminación del Derecho y la Ley Constitucional. El Caso del Término “Nacionalidades” como Concepto Jurídico Indeterminado. Universidad Nacional Autónoma de México. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2990/19.pdf> [Consulta en línea: 2017, octubre, 01].
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1983). *Definiciones y Normas*, en Eugenio Bulgin y otros, el lenguaje en el derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Añón, J. (2015). Interés del Menor. [Documento en Línea]. Disponible en: [http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Interes-menor\\_11\\_865180001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Interes-menor_11_865180001.html) [Consulta en línea: 2016, octubre, 29].
- Arias, F. (2004). *El Proyecto de Investigación. Introducción a la Metodología Científica*. 3ª Edición. Caracas, Venezuela: Editorial Episteme, CA.
- Balestrini, M. (2009). *Cómo se elabora el Proyecto de Investigación*. Caracas, Venezuela: BL consultores.
- Carrió, G. (1998). *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*. Valencia, España: Editorial Ruíz Torres.
- Cillero, M. (s. a.) El interés superior de los niños y niñas en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos de los niños y niñas. Módulo de Derechos de la Niñez y estándares internacionales sobre Derechos Humanos. Ciudad de Guatemala: Escuela de Estudios -XGLFLDOHV2¿FLQD \$OWR &RPLVLRQDGR para los Derechos Humanos, Unicef. Comité de los Derechos del Niño (2003).
- Claret, A. (2009). *Cómo Hacer y Defender una Tesis*. Caracas, Venezuela: Editorial Texto, CA.
- Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. (2013) Observación General N° 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo, párrafo 18.

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 5.453, Marzo 24 del 2000.
- Constitución del Reino de España (1978). [Documento en Línea]. Disponible en: [http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion\\_es1.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf) [Consulta en línea: 2016, octubre, 24].
- Convención Sobre los Derechos del Niño (1990). Asamblea General de la ONU. [Documento en Línea]. Disponible en: [http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_MNcdn.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_MNcdn.pdf) [Consulta en línea: 2016, octubre, 24].
- Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 5.859, Diciembre, 10 2007.
- Ley Orgánica de Protección del Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 6.185 (Extraordinario), Junio 08, 2015.
- García, E. (1980). *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa.
- Grosman, C. (1998). *Los Derechos del Niño en la Familia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial UBA.
- Hart, H. (1995). *El Concepto del Derecho*. Buenos Aires Argentina: Abeledo-Perrot.
- Hernández R., Fernández C, y Baptista P. (2003). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw-Hill Interamericana.
- Hurtado, M. (2012). *Impacto del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente Frente a Derechos de Terceras Personas e Igualmente Legítimos*. Universidad José Antonio Páez. [Documento en Línea]. Disponible en: <https://bibliovirtualujap.files.wordpress.com/2011/04/resumen16.pdf> [Consulta en línea: 2016 Noviembre, 27].
- López, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13 (1). [Documento en Línea]. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf> [Consulta en línea: 2016 Noviembre, 28].
- Maldonado, A. (2007). *Segunda Aproximación al Estudio de Interés Superior del Niño y del Adolescente; y la Acción de Protección en la Lopna*. Anuario de Derecho N° 25. [Documento en Línea]. Disponible en:

- [http://doctrina.vlex.com.ve/vid/segunda-aproximacion-estudio-interes634501809?\\_ga=1.67285329.171581727.1477060673](http://doctrina.vlex.com.ve/vid/segunda-aproximacion-estudio-interes634501809?_ga=1.67285329.171581727.1477060673) [Consulta en línea: 2016 Octubre, 23].
- Méndez, C. (2006) *Metodología. Guía para Elaborar Diseños de Investigación en Ciencias Económicas, Contables y Administrativas*. 2ª. Edición. Santa fe de Bogotá: McGraw Hill Editores.
- Miras, J. (2012). Concepto Jurídico Indeterminado. [Documento en Línea]. Disponible en: <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/28150/1/CONCEPTO%20JUR%20C3%8D%20DICO%20INDETERMINADO.pdf> [Consulta en línea: 2016 Noviembre, 29].
- Bobbio, N. (1980). *Contribución a la Teoría del Derecho*. Valencia, España: Alfonso Ruis Miguel.
- Núñez, M. (2013). *Los Conceptos Jurídicos Indeterminados*. Serie Magister, volumen 132. Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador: Corporación Editorial Nacional.
- Palella, S. y Martins, F. (2012). *Metodología de la Investigación Cuantitativa*. Caracas, Venezuela: FEDUPEL.
- Ravetllat, I. (2012). Interés Superior del Niño. Universidad de Barcelona. [Documento en Línea]. Disponible en: <http://revistas.um.es/educatio/article/view/153701/140741> [Consulta en línea: 2016 Noviembre, 29].
- Rivas, E. (2015). *La Evolución del Interés Superior del Niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva*. [Documento en Línea]. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135615/La-evoluci%C3%B3n-del-inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o.pdf?sequence=1> [Consulta en línea: 2016 Noviembre, 28].
- Rivera, L. (2012). *Visión Jurisprudencial sobre el Interés Superior del Niño*. Trabajo de para optar al título de Doctoren Derecho, Caracas, Venezuela: Universidad Central de Venezuela.
- Rivero, F. (2000). *El interés del menor*. Madrid: Editorial. Dykinson.
- Roca, E. (1994). El Interés del Menor como Factor de Progreso y Unificación del Derecho Internacional Privado, discurso de contestación a la académica de

número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y *Legislación de Cataluña*, España: Revista Jurídica de Cataluña.

- Sabino, C. (2007). *Metodología de la Investigación*. Caracas, Venezuela: Panapo.
- Simón, F. (2013). *Interés Superior del Niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca España. [Documento en Línea]. Disponible en: [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124216/1/DDP\\_Sim%C3%B3nCamp%C3%B1a\\_Farith\\_Tesis.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124216/1/DDP_Sim%C3%B3nCamp%C3%B1a_Farith_Tesis.pdf) [Consulta en línea: 2016 Noviembre, 27].
- Tamayo y Tamayo, M. (2010). *Investigación Científica*. México: Limusa.
- Tribunal Supremo de Justicia (2002) *Sentencia N° 1917. Fecha 14/11/2002 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*. [Documento en Línea]. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1917-140703-02-2865.HTM> [Consulta: 2016, Noviembre 29].
- Tribunal Supremo de Justicia (2002) *Sentencia N° 019. Fecha 20/01/2004 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia*. [Documento en Línea]. Disponible en: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/enero/019-20010403567.HTM&gws\\_rd=cr&ei=oQgWKhfxaWbAcf3l6gK](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/enero/019-20010403567.HTM&gws_rd=cr&ei=oQgWKhfxaWbAcf3l6gK) [Consulta: 2016, Noviembre 29].
- Universidad Pedagógica Experimental Libertador (2011) *Manual de Trabajos de Grado, de Especialización y Maestría y Tesis Doctorales*. 4ª. Edición. Caracas, Venezuela: FEDUPEL.
- Vaamonde, M. (2010) *La Capacidad Procesal de Niños, Niñas y Adolescentes para Accionar ante los órganos de Justicia*. Trabajo de Grado presentado para optar al título de Magister en Derecho de Familia y del Niño. Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.
- Wills, L. (2012). *Visión Jurisprudencial Sobre el Interés Superior del Niño*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. [Documento en Línea]. Disponible en: [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/136/rucv\\_2012\\_136\\_149-171.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/136/rucv_2012_136_149-171.pdf) [Consulta en línea: 2016 Noviembre, 29].
- Witker, J., (1997) *La Investigación Jurídica*, México: McGraw-Hill.
- Wróblewski, J. (1983). *Creación del derecho e interpretación*, publicado en *El lenguaje del Derecho* (Homenaje a Genaro Carrió), traducción de Eugenio Bulygin. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.

