



### RETOS CONSTITUCIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS: LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DESDE PERSPECTIVAS AXIOLÓGICO NORMATIVAS.

**María Méndez Rocasolano**

Dr. Derecho Constitucional Universidad Complutense de Madrid 1999. Full Bright (Harvard 2003). Doctor *Honoris Causa* Universidad de Toledo Brasil 2007. Profesor de Derecho, especialista en Derechos Humanos Universidad Católica San Antonio de Murcia UCAM. 2010. Sobre el presente artículo que nunca se inspiró “Dignidad de la infancia y Derechos Fundamentales de los niños a la luz de la teoría de la dinamogénesis de los valores” en *DERECHO & CRIMINOLOGIA (Monográfico sobre Menores)*, Anuario, Tirant Lo Blanch, Valencia, Septiembre 2011.

#### RESUMEN

---

Reflexión sobre el significado de la regulación constitucional de la infancia. Estudio sobre el contenido de los derechos fundamentales de los niños, aplicación de la teoría de la dinamogénesis para justificar y fundamentar desde una perspectiva axiológica normativa la dignidad de la infancia como derecho.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos Humanos. Axiología. Adolescentes. Infancia. Dignidad de la persona. Valores. Principios normativos. Derecho Constitucional.

## **ABSTRACT**

---

*Reflection about the dignity and infancy rights. Considerations about fundamental rights of the children, application of the theory of the dinamogénesis of the values to the infancy to base the dignity of the infancy as effective and efficient right.*

**KEY WORDS:** *Constitution, children, teenagers, infancy, person dignity, fundamental rights, values, International Law.*

## **SUMARIO**

---

I. Infancia y derecho constitucional. II. La infancia en el contexto de la relación entre principios y valores. III. La dignidad y los derechos fundamentales del niño. IV. Fundamentación axiológica del derecho de la infancia.

---

## **I. INFANCIA Y DERECHO CONSTITUCIONAL**

Hablar de Infancia y Derecho Constitucional pasa obligatoriamente por plantearse la necesidad de desarrollar el concepto de dignidad de los niños de manera particular en relación con la dignidad de la persona, también por reflexionar sobre los derechos fundamentales de la infancia, en fin, por ser conscientes del especial tratamiento que precisa la infancia que ha de recabar del Derecho y de la sociedad, por ende del Derecho Constitucional, protección y cuidado dada su especial vulnerabilidad.

Es de todos sabido que la Constitución funciona como la norma jurídica fundamental y fundamentadora de los Estados soberanos, define su organización, establece el orden de convivencia jurídico-político que aceptamos para regir nuestro devenir, nuestra vida en

Sociedad. Expresa la voluntad de un pueblo que decide cómo constituirse, define un carácter, una cultura y fija una modalidad social y económica bajo una forma política.

En la actualidad las Constituciones conviven con los fenómenos supranacionales, con la globalización y los magníficos avances desde el mundo de la técnica, de las ciencias y de la comunicación han posibilitado acercar las fronteras y la información de nuestro mundo. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que hoy en día las Constituciones Democráticas se concretan a través de múltiples operadores jurídicos (internos, europeos en el caso del espacio comunitario e internacionales) que amplían, desarrollan y hacen reales los principios y realidades que las inspiran y las definen.

En estos sentidos se manifiestan las Constituciones, que como norma suprema del ordenamiento jurídico fija las bases de los Estados y establece los principios más importantes de la sociedad. Por desgracia vivimos en una sociedad abierta al mundo, espacio en el que deliberadamente se tortura a niños y adolescentes, en el que asistimos a la violencia y abuso de los menores como mercancía sexual, o a inaceptables situaciones derivadas de conflictos armados o de crisis económicas.

En este panorama ciertamente las niñas y niños son titulares de todos los derechos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y su normativa de desarrollo, así como de los concretos derechos expresados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, las cifras de las Naciones Unidas ponen de manifiesto que hay más de 1 millón de niños y niñas en conflicto con la ley y se les aplicará la pena de muerte. Que 1,2 millones de niños y niñas todos los años son víctimas del tráfico de seres humanos con destino a la explotación laboral y sexual, que en el año 2012 alrededor de 300.000 niños y niñas han sido reclutados por grupos armados y fuerzas gubernamentales en 20 conflictos en todo el mundo, que anualmente, alrededor de 2 millones de niñas corren el riesgo de sufrir mutilación genital en diferentes países del mundo.<sup>1</sup>

Así las cosas, muriéndose un niño de hambre cada minuto en el tercer mundo, mientras que se dictan normas y se promueven campañas contra la obesidad infantil en el mundo desde donde hoy escribo estas líneas, una de las más importantes conquistas del momento es el hecho de hacer valer en la sociedad y en el marco jurídico, todavía más en los

---

<sup>1</sup> Datos de UNICEF, para un mayor estudio se recomienda acudir a su memoria.

países del norte y sin desaliento en los países del sur, la infancia como valor, el valor de la infancia, donde cobra sentido hablar de la dignidad de las generaciones futuras.

La dignidad de la infancia está vinculada directamente con la dignidad de la persona y los Derechos Humanos que los Textos Fundamentales reconocen y garantizan, estableciendo un orden abierto, amplio y de fuerte influencia axiológica<sup>2</sup> que se corresponde con los derechos fundamentales, a los que no pertenecen según el articulado constitucional la infancia la cual tiene un muy escaso, podríamos aventurar incompleto tratamiento constitucional.

En la Constitución española se recogen, dentro de los Principios Rectores de la Política Social y Económica, las referencias constitucionales a los hijos y a la infancia. Así el artículo 39.1 se refiere a los niños bajo la consideración de hijos, es decir, como entidades dependientes, teniendo en cuenta su papel en la institución de la familia; En este sentido dicta “la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”. En el mismo sentido indica que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad” (Art. 39. 2) y sigue en el 39.3 estableciendo que se requiere a los padres para “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda”.

A continuación del tratamiento de los hijos, y con independencia del articulado referido a la familia, aparece en el artículo 39.4 la regulación de la infancia, que se hace desde el texto constitucional como “sujeto de protección prevista en acuerdos internacionales encargados de velar por sus derechos”. Este artículo es una cláusula de apertura al orden internacional de doble sentido, por una parte permite la entrada de todo el plexo normativo e institucional que protege a la infancia en el espacio internacional y por otra nuestra Constitución sale al mundo adquiriendo nuevos contenidos que la actualizan y la hacen estar al tenor de los tiempos. El mecanismo integrador del artículo 39.4 conjugado con el artículo 96 incorpora a nuestro sistema jurídico todos los tratados internacionales que tienen los derechos de los niños como referente en el orden internacional, cuando se cumplan las exigencias de validez de los tratados que expresen garanticen y promuevan dichos derechos.

---

<sup>2</sup> En el caso de la Constitución Española eleva en su art. 10.1 la dignidad de la persona a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social, siendo así una de las guías del ordenamiento jurídico español. La dignidad elevada al orden axiológico constitucional, expresa un valor jurídico supremo que se traduce en el reconocimiento del ser humano fuera de la categoría de objeto (KANT), inaccesible a la acción de Estado. Así categorizada la dignidad de la persona es mucho más que un derecho fundamental, es la fuente de la que beben todos los derechos, de forma que se proyecta sobre los derechos constitucionales es un *prius* invulnerable que debe asegurar todo el ordenamiento jurídico.

Esta vía que actualiza e incorpora al orden nacional los derechos de los niños consagrados internacionalmente, se completa con otra a cláusula de apertura, la del artículo 10.2 CE, donde se pone de manifiesto que los Derechos y Libertades Públicas se interpretarán según la Declaración Universal de los Derechos Humanos y Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España.

Así las cosas forman parte del ordenamiento español desde el primer documento internacional al respecto, el Convenio nº 5 de la OIT en 1919 que fijaba en 14 años la edad mínima para el trabajo infantil, pasando por la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.25)<sup>3</sup> la Declaración de los Derechos del niño el 20 de Noviembre de 1959 en la que se reconoce a la infancia como titular de derechos al que se otorga una tutela privilegiada contra el abuso, la explotación y cualquier negligencia, hasta el que, sin restar importancia a los anteriores, es el documento normativo internacional más importante, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989, por la que todos los Estados del panorama internacional, salvo Somalia y Estados Unidos, se comprometen a respetar los derechos y deberes de los niños, pasando a formar parte del derecho interno del país firmante. No es mi intención hacer un listado exhaustivo de los documentos internacionales que establecen y protegen los derechos de los niños y que vienen determinados en los fondos bibliográficos de UNICEF, a los que remito al lector interesado, sin embargo no nos resistimos a realizar dos apuntes dentro de los textos básicos de Derechos Humanos en relación con la infancia, el art. 24 del Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de los Derechos económicos, sociales y culturales

A la luz de lo anterior no dudamos que sea suficiente la protección que asiste a la infancia, sin embargo hemos de poner de manifiesto la debilidad del procedimiento que se utiliza en España para reconocer derechos a los niños el orden constitucional

El envío al orden internacional supone que los derechos de la infancia no son reconocidos de por sí, sino por remisión cuando se cumplan ciertos requisitos, especialmente los que dan validez a los Tratados Internacionales en el derecho patrio.

Sería recomendable un tratamiento directo, individualizado y propio de los derechos de los niños en el texto constitucional para no depender del cumplimiento de requisitos de validez ni de expresiones de voluntad política para el reconocimiento, garantía y protección de los derechos de los niños. Una fugaz mirada a las constituciones que participan de nuestro

---

<sup>3</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos (art.25)

acerbo cultural ponen de manifiesto bien el tradicional tratamiento proteccionista como conceptos más amplios e innovadores en la regulación de la infancia a través del reconocimiento de los niños como participantes en la vida social.<sup>4</sup>

A lo anterior se suma la consideración de *soft law* de la Declaraciones de Derecho Internacional que poco ayudan en la efectiva garantía de los derechos de los niños. En este sentido, hablamos del ejercicio de los derechos fundamentales del niño y del adolescente como el conjunto de garantías y no únicamente de las medidas de tutela estatal. Reflexionando sobre la dignidad de los menores como un nuevo paradigma, realmente una extensión del concepto de dignidad de la persona, entendemos que es preciso incorporar a los derechos fundamentales el reconocimiento de los concretos derechos del niño como sujeto de derecho y el principio del interés superior de la infancia. En este sentido fuera del ámbito constitucional desde la última década del pasado siglo vienen reconociéndose al niño como sujeto de derechos y así lo ponen de manifiesto las leyes que regulan la infancia y su tratamiento, así como instituciones como el defensor del menor lo que suponen grandes

---

<sup>4</sup>Dentro del primer grupo de constituciones figuran la Peruana (art 25), la nicaragüense ” art 71° en la que se señala, que “*La niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la convención internacional de los derechos del niño y la niña.* En el mismo sentido la Constitución de Costa Rica, y de los Estados Unidos Mexicanos. La primera señala en su art.51° que: “*La familia como elemento total, natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrá derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido. Y el art. 55° añade que la “protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma.*”. Respecto a la Constitución mejicana en su art. 4° establece el derecho que tienen los hijos o menores a que se les proteja su integridad y sus derechos. Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental; para tales efectos la ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de instituciones públicas. En lo que se refiere al segundo grupo de Constituciones destaca el art.78 de la Constitución de Venezuela: “*Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos 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 esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y las sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para los cual se tomarán en cuenta sus 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*”. Por su parte la Constitución Brasileña impulsa una visión proteccionista sobre la infancia, a través de una propuesta programática sobre la protección infantil. en su artículo 227al señalar que: “*Es deber de la familia, de la sociedad, y del estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al ocio, o la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de protegerlos de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión*”. Aquí ha de tenerse en cuenta que la Consitución del Brasil, entiende por “protección especial” aquella que comprende: una edad mínima de catorce años para la admisión al trabajo. La garantía de pleno y formal conocimiento de la imputación de los actos infractores, también la igualdad en la relación procesal y de la defensa técnica por profesional habilitado, según dispusiese la legislación tutelar específica; La aplicación de los principios de brevedad, excepcionalidad y respeto de la condición peculiar de la persona en desarrollo, en la aplicación de cualquier medida privativa de libertad; la promoción de incentivos fiscales y subsidios, al acogimiento, la guarda del niño y programas de prevención y atención especializada al niño y al adolescente dependiente de estupefacientes y drogas afines.

avances en términos laborales, civiles y sociales, implicando la superación de la concepción jurídica sobre la incapacidad civil del menor reconocida tradicionalmente por el Derecho.

## **II. LA INFANCIA EN EL CONTEXTO DE LA RELACIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y VALORES**

Aceptando que el “El Derecho es obra humana y como toda obra humana sólo puede ser comprendida a través de la “idea” al decir de RADBRUCH, proponemos a continuación una reflexión sobre los medios que harían posible cumplir con la idea de dotar de eficacia y eficiencia a los derechos fundamentales de los niños, el concepto de dignidad de la infancia. Nos sumergimos en el ámbito de la fundamentación jurídica de los principios y valores que inspiran al Derecho y de forma directa al Derecho constitucional. Aquí, el iusnaturalismo y el positivismo se ofertan como opciones que el jurista puede elegir y que determinan una específica concepción del Derecho y sus fundamentos. La adscripción a una otra posición explica desde distintos criterios el orden normativo e institucional que el propio Derecho comporta.

Mientras que la concepción iusnaturalista mantiene que el Derecho se inspira en un Derecho natural superior y axiológico, puede decirse que el positivismo, desde el siglo XIX, fundamenta el Derecho objetivo en su expresión legal.

En estas disquisiciones, nos encontramos con la aceptación común del positivismo por la que cualquier proposición jurídica *supra* o extrapositiva no es científica, y así se muestran las distintas maneras de conceptualizar el Derecho, que encuentra su máximo exponente en la Teoría Pura del Derecho kelseniana<sup>5</sup>. Mientras que la afirmación anterior se matiza con el positivismo sociológico de IHERING, que mantiene que el Derecho es “la garantía de las condiciones de vida de la sociedad, asegurada por el poder coactivo del Estado”<sup>6</sup>. Otros se alistan a la teoría objetiva de la interpretación (BINDING, WACH y KOLLER)<sup>7</sup>, donde lo decisivo es la significación objetiva, que no es otra cosa que la letra de la ley. Bajo este prisma, los principios existen como imperativos cuando están contenidos en un texto legal. En

---

<sup>5</sup> KELSEN, considera embarazosa la utilización de los valores, por ende la de los principios que as u entender “desempeñan un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional”.KELSEN, Hans,“La garantía jurisdiccional de la Constitución” en *Escritos sobre democracia y socialismo*,Edit Debate,Madrid,1988 pág 142.

<sup>6</sup> IHERING,*El fin en el derecho*,Heliasta,Buenos Aires,pág 213.

<sup>7</sup>Así agrupados por LARENZ. *Metodología de la ciencia del Derecho* Tradc. Gimbernat, Ariel, Barcelona, 1966, pág 43 y ss.

nuestro caso, el principio de la dignidad de los niños está recogido en el Texto Fundamental, como extensión del concepto de dignidad de la persona, por lo que además del carácter imperativo, participa de aquellos que le son propios a la Constitución, considerada por el Tribunal Constitucional como “norma cualitativamente distinta a las demás”<sup>8</sup>.

Frente a lo anterior, quizás la idea dominante en el iusnaturalismo sea la que concibe el Derecho desde una panorámica axiológica. Los valores serían el aliento del mismo, de forma que su expresión codificada sería simplemente su concreción jurídica.

El Derecho reconoce pues valores que traduce en normas y crea instituciones para su satisfacción. De esta forma el orden normativo-institucional, recrea los valores, los promueve, asegura y protege, pero no los crea, pues éstos son anteriores al Derecho.

Visto lo anterior, parece que tanto la concepción positivista como la iusnaturalista reducen la fundamentalidad del Derecho a valores; si bien aquéllos atienden básicamente a la ley como expresión axiológica y éstos los conciben como fundamento de la ley.

A la hora de tratar la naturaleza jurídica de los principios, me sitúo en la posición de mi maestro Pablo LUCAS VERDÚ, la de un iusnaturalismo crítico humanista y socializado<sup>9</sup>, desde ésta concepción del Derecho, que es también una concepción del mundo y de la vida, afronto el tratamiento del principio de la dignidad de la infancia como expresión de un valor que fundamenta la existencia de los posibles derechos fundamentales de los menores.

En este recorrido partimos de la premisa que acepta el Derecho como expresión de valores considerando que éstos son los que en un momento histórico determinado se conciben como tales por una sociedad que exige su reconocimiento por parte de las normas e instituciones jurídicas<sup>10</sup>. La cuestión siguiente será reconocer que funcionalmente principios y valores son similares y en algunos casos, aquellos son expresión jurídica de estos.

Si aceptamos que los valores inspiran e impulsan el Derecho y consideramos que los principios jurídicos lo fundamentan, podemos mantener dicha similitud. Por ello, los

---

<sup>8</sup> STC de 31 de marzo de 1981 F. Jco 3. Los principios constitucionales al ser Constitución se benefician de su carácter de Norma fundamental del ordenamiento. Así lo ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la sentencia de 2 de febrero de 1981. F Jco 1 al manifestar que “participan de la fuerza derogatoria de la misma”

<sup>9</sup> Sobre el iusnaturalismo crítico ,iuspersonalista y comunitario Cfr LUCAS VERDÚ, Pablo, “Dimensión axiológica de la Constitución” en *Anales de la Real Academia de Ciencias morales y Políticas*, año XLIX, nº74, Curso académico 96/97, Madrid, págs 143 a 150.

<sup>10</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, *Estimativa y Política constitucionales*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, *in totum*.



principios jurídicos serían *la expresión jurídica de valores reconocidos en intereses sociales que pretenden la garantía de una convivencia humana armónica y equilibrada.*

Con ello tendría sentido mantener que el *principio es: la expresión jurídica del valor de la dignidad de la persona que se manifiesta en los intereses de protección de los niños y adolescentes para asegurar la dignidad de la futura persona y su desarrollo.*

Aceptando lo anterior, los principios jurídicos impondrían la revisión, a través de la dogmática, de los medios para el reconocimiento de nuevos valores exigidos por la comunidad o el impulso o protección de los “valorados” hace tiempo. Este es el *quid* de la cuestión: hacer un esfuerzo de “ingeniería jurídica” para poner sobre el tapete las razones y mecanismos que justifican y hacen posible cumplir de forma independiente con el valor de dignidad de la infancia, a través del principio rector expresado en el artículo 39 de la Constitución.

En lo que se refiere a los valores, son realidades diferentes, en primer lugar porque los valores tienen naturaleza normativa. En este sentido, siguiendo a LUCAS VERDÚ, y a PAREJO, podemos decir que negar y/o reducir a la mera orientación o interpretación, en definitiva la normatividad de los valores, es negar y/o reducir infinitesimalmente su esencia. Los valores, por un lado, al ser parte de la Constitución, obligan, con lo que la fuerza normativa del precepto que los propugna queda asegurada<sup>11</sup>, y por otro, los valores “entrañan su cumplimiento”.<sup>12</sup> Su estructura normativa es la de “*metanormas*” según BOBBIO o normas de segunda instancia cuya función es regular “aquellos particulares actos humanos que son los actos productores de normas”<sup>13</sup>. Función que comparte con los principios. En este sentido, recuérdese que los principios generales del Derecho enunciados en el art.1 del Código Civil son fuente supletoria del Derecho que se aplica como tal en caso de inexistencia de ley o costumbre<sup>14</sup>. Igualmente, el carácter informador del ordenamiento jurídico fortalece dicha

---

<sup>11</sup> Así lo pone de manifiesto la STC de 13 de febrero de 1981 que indica “... que todas las normas constitucionales vinculan a todos los tribunales y sujetos públicos y privados, pues si bien es verdad que no todos los artículos de la Constitución tienen el mismo alcance y significación, todos rotundamente anuncian efectivas normas jurídicas”.

<sup>12</sup> A juicio de D Pablo, los valores hay que contemplarlos como deberes. LUCAS VERDÚ, Pablo, ob.cit,pág 85.

<sup>13</sup> BOBBIO, Nomberto, “Norma” en *Enciclopedia de Einaudi* Tomo IX, Turín, 1980.

<sup>14</sup> Artículo 1 del código civil español 1.las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho...1.4 Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico  
Redacción conforme a la ley 3/1973, de 17 de marzo y Decreto 1836/1974, de 31 de mayo.

función inspiradora de normas, que FARIAS denomina “carácter de fecundidad”<sup>15</sup> pues insuflan su espíritu y fundamento<sup>16</sup>.

Por otra parte no debe hacerse una interpretación excesivamente literal de dicho artículo, pues ésta nos llevaría a mantener que sólo los valores superiores del ordenamiento jurídico son tales y por tanto se dejaría fuera de tal categoría el esencial valor de la dignidad de la persona.<sup>17</sup>

Con independencia de su redacción, la dignidad de la persona es un valor, y lo es no sólo por que es expresión del *telos*, la finalidad última a la que aspira la Norma Fundamental, sino porque en ella se cumplen las notas que caracterizan a los valores. Es una afirmación fundamentadora y fundamental; es inspiradora del Derecho y posee luz interpretadora<sup>18</sup>.

Por todo ello, parece claro que, la dignidad de la persona, como los valores superiores, participan de las tres funciones que tradicionalmente se han atribuido a los principios jurídicos “fundamento del orden jurídico” “orientadores de la labor interpretativa” y “fuente en caso de inexistencia de ley o costumbre”<sup>19</sup>.

En lo que toca la dignidad de la infancia y su expresión normativa correspondiente a la de un principio rector, observamos que en él se verifica la expresión axiológica de la propia vida que interpretada desde el parámetro de la dignidad del niño y del adolescente, se incluye dentro de la dignidad de la persona. Es una cuestión de identificación de concepto y

---

<sup>15</sup> FARIAS, Domenico, *Idealità e indeterminatezza dei princii costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1981, pág 161 y ss.

<sup>16</sup> STC 4/1981 de 2 de febrero F.Jco 4. En esta línea se manifiesta el Tribunal Constitucional al mantener que “los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico -como afirma el artículo 1.4 del Título Preliminar del CC- que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos”

<sup>17</sup> Del que la jurisprudencia constitucional, junto con la doctrina no duda que es “un valor jurídico fundamental”. Siguiendo a LUCAS VERDÚ, el artículo 1.1.CE, no hace referencia a la dignidad de la persona, pues los constituyentes pretendían establecer una diferenciación clara con el régimen anterior y por ello, en sus palabras: “parece lógico que en ese momento de refundar el Estado, que los redactores incluyesen una norma que inaugurase, con alcance significativo, el Título I “De los derechos y deberes fundamentales y este precepto es el art.10.1 que versa sobre la dignidad de la persona” LUCAS VERDÚ, Pablo, *Estimativa y política constitucionales*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1984, pág 107.

<sup>18</sup> Siguiendo a D. Pablo, su carácter fundamentador se observa claramente en el artículo 10.1 *in fine* “la dignidad de la persona.....son fundamento del orden político y de la paz social”. Asimismo la nota inspiradora se aprecia en el Preámbulo cuando indica que la decisión de la Nación española, soberana, es de “promover el progreso de la cultura y la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”; igualmente cuando se refiere el constituyente en el artículo que la consagra (10.1 CE) a “los derechos inviolables que le son inherentes”. Finalmente su función interpretativa es está tácitamente consagrada en el segundo apartado del art.10 CE que remite la interpretación de los derechos fundamentales a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales que sobre materia de derechos y libertades fundamentales estén ratificados por España. LUCAS VERDÚ, Pablo, *Ibidem*.

<sup>19</sup> Así se ha manifestado BARILE, Paolo, *La Costituzione come norma giuridica. Profilo sistematico*, G. Barberá editore, Florencia, 1951 pág 55 y ss.

diferenciación temporal. No todas las personas son niños, sin embargo el niño es persona, será persona adulta o no será.

### **III. LA DIGNIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO**

Como ya decía recientemente en *Versión actual de la dignidad de la persona: un nuevo paradigma para los derechos humanos en época de crisis*<sup>20</sup> el proceso de configuración y reconocimiento de la dignidad y los Derechos Humanos es la historia de la lucha del hombre contra el poder. En su desarrollo, la idea de dignidad se ha ido perfilando como un concepto amplio, complejo, multiforme, que ha adquirido matices y expresiones propias de la modernidad donde nordea el devenir de la sociedad como metaprincipio, como valor superior conjugando elementos propios de la persona como *Naturæ rationalis individua substantia*.

Con cercana visión desde los humanistas hasta Kant, asistimos a la lucha por consagrar normativamente las violaciones y el desconocimiento de la dignidad y los intereses existenciales o derechos de la humanidad. El embate continua a pesar de los magníficos avances obtenidos en victorias concretas. Victorias que representan los logros que nos ha dejado la historia de los Derechos Humanos. No está declarada la paz, y todavía quedan batallas que librar pues coincidiendo con Mounier, “ni siquiera las alienaciones históricas, que sólo duran un tiempo, nos dan respiro<sup>21</sup>- añado- en nuestra lucha por la eficacia real y efectiva de todos los derechos de todos los hombres. Aquellas victorias son el legado sobre el que construir nuevos paradigmas, pues representan el florecimiento del campo conquistado, donde la dignidad y los derechos a ella inherentes, se expresan axiológicamente como valores exigibles, como valores que el Derecho ha de proteger y garantizar.

Es en este contexto donde reflexionamos aquí sobre las posibilidades de reconocimiento de los derechos de los niños, superando en el caso español, el carácter programático del artículo 39 de la Constitución. La pretensión es hacerlos eficaces y eficientes sin depender de una ley que los desarrolle y reconozca tal naturaleza. Es evidente que tal norma dejaría esclarecida su naturaleza de derechos exigibles ante la jurisdicción

---

<sup>20</sup> Versión actual de la dignidad de la persona: un nuevo paradigma para los derechos humanos en época de crisis” en *VVAA Problemática de los derechos humanos fundamentales en América Latina y Europa. Desafíos materiales y eficacia*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2012.

<sup>21</sup> MOUNIER, Emmanuel, *El personalismo*, Editorial de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1962, pág. 39.

ordinaria, pero actualmente ésta parece más un deseo, una entelequia. Ciertamente esta abierta la vía al ámbito internacional a través del artículo 39.4 pero queremos proponer argumentos que mantengan hoy la existencia de un los derechos fundamentales de forma independiente y suficiente a todos los niños en nuestro propio marco constitucional.

En el orden internacional como hemos visto líneas arriba y en la normativa infraconstitucional se pone de manifiesto la existencia de valores y principios que protegen y garantizan a la infancia y que se dirigen a poner al Derecho y al Estado al servicio de los niños, sus necesidades e intereses. A través de ellos se concreta el deber ser de los nuevos tiempos y por ello, el de la dignidad de la infancia que se ha de concebir como un deber ser valioso y exigente que demanda que los niños y adolescentes les sean reconocidos y tutelados sus derechos, aquellos que le corresponden innatamente por ser aunque de forma no adulta, personas.

Aunque he puesto de manifiesto razones del Derecho Positivo, útil instrumento en la práctica del Derecho, como ya he indicado anteriormente me incluyo en la posición jurídica que contempla el Derecho como una obra humana, un hacer humano. Dice RECASENS que responde a los estímulos e incitaciones procedentes de las necesidades sentidas, orientándose a unos determinados fines a partir de ellas<sup>22</sup>.

Clara está mi adscripción al iusnaturalismo donde toman sentido las palabras de VECCHIO “una idea preliminar se encuentra implícita en todas las doctrinas del *jus naturae*: que el Derecho responde a una necesidad del hombre y es inseparable de la vida humana *Ubi homo ubi jus*”<sup>23</sup>.

Así, entendiendo se concibe el Derecho como efecto y expresión de una realidad social cambiante , que muta por el efecto de nuevos valores, desarrollos y descubrimientos científicos, técnicos, artísticos, en definitiva socio-culturales, se comprende que el Derecho deba actuar sobre esas nuevas realidades ordenándolas. Reconfigurando la realidad social en realidad social disciplinada. El instrumento a través del que ha de realizar tal labor son las normas, que deben establecen parámetros de comportamiento ajustados a la naturaleza humana.

---

<sup>22</sup> RECASENS SICHES, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*. Publicaciones Diánoia, Fondo de cultura económica U.N.A.M., México, 1971, pág 167. Coincido, en un plano inferior que me corresponde al no estar a su altura, con el filósofo del derecho al entender que en la génesis del Derecho primero se da la conciencia de derecho como algo que pertenece o debiera pertenecer, algo que disfruta o debe disfrutar una persona y después se procede a descubrir o a establece la norma que reconoce tal derecho. pág 157.

<sup>23</sup> VECCIO, Giorgio del, *Los principios generales del derecho*. Trad F. Clemente de Diego, Bosch, Barcelona, 1979, pag 76.

El positivismo estricto, el razonamiento conceptual, inflexible, no sirve para construir un Derecho adecuado a esta realidad humana y social que hoy demanda cambios en los ordenamientos jurídicos. El límite de tales métodos ahogan las expectativas jurídicas que son realidades sociales. Se produce un vacío entre la realidad y la norma. Se dejan sin contenido y sin protección pretensiones jurídicas a las que se tiene derecho.

La dignidad de la persona se ha desnaturalizado, es un término vacío en competencia con los instintos de supervivencia en un sistema donde nada escapa al mercado, el *spleen* invade el corazón de nuestros contemporáneos, especialmente los jóvenes, que se dejan hacer con tal de mantener la calidad de vida alcanzada en el primer mundo (o por alcanzar en el resto), ideales vinculados a la humanidad no interesan y queda arrinconada en una repisa la ilusión por el reconocimiento íntegro de todos los derechos de todos los hombres. Parece que la dignidad de la persona no importa, diría una visión pesimista de nuestra realidad.

El problema no es baladí estamos hablando de la dignidad de un sujeto particular, el hombre, razón de ser del Derecho, razón de ser de la propia humanidad que es una imprescindible para alcanzar la felicidad. Ciertamente la conversación sobre la dignidad se plantea actualmente con base a la felicidad y la justicia, vértices axiológicos de su dimensión valorativa que surgen de su fundamento ontológico y sus consecuencias inmediatas sobre la libertad y la igualdad<sup>24</sup>. Desde este año 2011, umbral de la segunda década del nuevo milenio, observamos la depuración teórica y el enriquecimiento de los conceptos de Dignidad de la persona y los Derechos humanos, existe hoy una voluntad concreta y militante que promueve, y protege la tutela del ser humano tanto en el plano interno como en el plano supranacional.

Hoy debemos reflexionar sobre una nueva interpretación de la dignidad de la persona, la conciencia de la dignidad que se manifiesta cuando se ataca y reaccionan energéticamente las expresiones del Derecho. La conciencia de la dignidad en términos actuales supone poner en valor la dignidad de la persona, hacerla eficaz y eficiente en definitiva re-humanizar nuestra realidad, re-humanizar el mundo. Ello supone un doble movimiento de reducción y aumento. Han de reducirse las actuaciones, actividades y expresiones que directamente transgreden la libertad, igualdad y dignidad de las personas y amentar los esfuerzos que tanto la jurisdicción internacional de los Derechos Humanos como las instituciones públicas y

---

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto: *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, trad. R. de Asís Roig, Madrid, 1991

privadas en gran manera realizan vigilando, denunciando y divulgando para la vergüenza de todos las violaciones de los Derechos Humanos de los hombres, mujeres y niños de este planeta.

Así pues en lo que se refiere a la dignidad de la infancia y los derechos de los menores que les son inherentes, observamos que han de tomar carta de naturaleza como derecho, pues si no erramos, creemos que la ética, la moral y la situación social y natural lo demanda. Las razones que asisten esta posición son básicamente que, una visión sistemática del Título I nos conduce a pensar que el capítulo III incluye en su haber “Derechos y deberes fundamentales” y los derechos de los niños pueden concebirse como tales. Además, ni la remisión de ley orgánica del artículo 81, ni la protección dispensada a los derechos del capítulo II justifican que no existan derechos subjetivos en el capítulo III. La limitación del artículo 53.3 se refiere a los principios rectores y no a los derechos y/o deberes fundamentales contenidos en dicho capítulo. Ciertamente, la máxima garantía que ofrece el ordenamiento, el recurso de amparo, está dirigida a proteger este tipo de derechos a los que el artículo 53.2 otorga una naturaleza de *numerus clausus*, que se supera como es de todos conocido con la cláusula de apertura del artículo 10.2 . Este camino posibilita el reconocimiento de nuevos Derechos Fundamentales consagrados en Tratados y Convenios internacionales validamente ratificados. Esta es la puerta que abre el artículo 39.4 y que explicábamos líneas arriba.

Por otra parte existe un objeto protegido y contenidos concretos de los derechos vinculados a la dignidad de la infancia, además finalmente apoya nuestra propuesta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

En la dirección apuntada se manifiesta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en sus últimas sentencias se acerca a la tesis que aquí mantenemos, destacando entre otras la Sentencia de 25 de abril de 1989 que se expresa en los siguientes términos:

“Los preceptos contenidos en el capítulo III del Título I de la Constitución, pese a girar bajo la rúbrica de principios rectores de la política social y económica no constituyen meras normas programáticas que limiten su eficacia al campo de la retórica política o de la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas. Porque como ya precisó hace años el Tribunal Supremo norteamericano, en el caso *Trop contra Duller* las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo, ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vivos que otorgan y limitan los poderes del gobierno de nuestra nación. Son regulaciones del gobierno. Y esta doctrina, aunque establecida por un Tribunal extranjero con referencia a la

Constitución de su país, es perfectamente trasladable a nuestro ámbito...”<sup>25</sup>.

A continuación nos detendremos en la fundamentación axiológica de los derechos fundamentales de los niños con la teoría de la dinamogénesis de los valores de la que ya hace más de una década se expresó para defender la existencia de un derecho al medio ambiente<sup>26</sup>. Esta teoría ha demostrado ser útil herramienta para dar fuerza normativa a derechos en España configurados como principios rectores y otros derechos como el derecho al desarrollo sostenible fuera del ámbito nacional<sup>27</sup>.

#### **IV.FUNDAMENTACIÓN AXIOLÓGICA DEL DERECHO DE LA INFANCIA**

Con *dinamogénesis* de los valores y el derecho M.M. ROCASOLANO se refiere al proceso continuado en el que los valores están inmersos y que puede resumirse en las siguientes etapas: a) conocimiento-descubrimiento de los mismos por la sociedad; b) posterior adhesión social a los mismos; y la consecuencia inmediata: c) concreción de los valores a través del derecho en su producción normativa e institucional. En esta línea se encuentra la magistral Teoría tridimensional de REALE y de RECASENS por la que el Derecho tiene tres dimensiones recíproca e indisolublemente trabadas entre si: hecho, norma y valor.

“El derecho es un hecho, una obra humana, estimulada por la conciencia de unas necesidades en la vida social, obra producida bajo la forma normativa; y que en su función para satisfacer esas necesidades intenta hacerlo de acuerdo con la realización de unos valores específicos”<sup>28</sup>.

La teoría de la *dinamogénesis* de los valores y el Derecho desde el año 2000 ya se ha ensayado en varias ocasiones, a continuación se utilizará como sustrato fundamentador y

---

<sup>25</sup> STS de 25 de abril de 1989 (Ar 3233). En el mismo sentido tenemos la STS de 18 de abril de 1990 (ar 3650) y de 26 de diciembre de 1991 (Ar 378).

<sup>26</sup> Vease al respecto “Algunas consideraciones sobre la fundamentación axiológica del derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona” en *Estudios de Teoría del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú tomo III* Publicaciones de la Universidad Complutense, facultad de Derecho, Madrid 2001.

<sup>27</sup> En cuanto a la explicación de la teoría en idioma Portugués se expresa en *Direitos Humanos, conceitos, significados e funções* Editora Saraiva, São Paulo 2010.

<sup>28</sup> RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, 6ª edición Editorial Porrúa, México, 1981, pag 40. Aconsejo la consulta de la Teoría tridimensional de REALE, Miguel, *Teoría tridimensional do direito*, Edição Saravia, São Paulo, 1968.

explicativo del proceso sobre el cual puede apoyarse la existencia de los derechos fundamentales del menor aun sin tener apoyo en el texto constitucional. Siguiendo el camino que antes iniciamos, resaltando la importancia de los factores sociales, en cuanto “laboratorio humano que da los instrumentos y la materia prima para las construcciones jurídicas de los pueblos”<sup>29</sup>. En esta línea apoyándonos en Elias DIAZ definiendo que la ciencia jurídica precisa absolutamente y debe prolongarse en la Sociología del Derecho (y en la Filosofía del Derecho) ; no para confundir la validez del derecho con la eficacia o legitimidad del mismo , no para pretender que la norma sea postergada ante consideraciones sociológicas (y filosóficas), pero si para reconocer que la norma sólo se entiende plenamente cuando se investiga y analiza como totalización, en su transfondo real sociológico de valores e intereses. Por ello, el jurista debe tomar en cuenta estos tres planos tanto para participar en el proceso de desarrollo de creación normativa, como en el plano práctico en la aplicación y realización del Derecho positivo porque:

“la norma jurídica aparece en relación con una determinada realidad social- que le sirve de orden y sobre la cual, a su vez aquella opera -y en relación con una determinado sistema de valores- que orienta a esa normatividad y pretende, en cada caso servirle como fundamento y razón legitimadora”<sup>30</sup>.

De esta forma en la dinamogénesis de los valores se parte de una explicación causal de los valores, pues teniendo localizada y claramente establecida la causa de cualquier cosa, asunto o interés se puede delimitar racionalmente qué efectos se pretenden, cuál es el objeto y la finalidad con la que se conciben<sup>31</sup>. En este sentido, la dignidad del menor la entiendo como capital y básica, elemento necesario y anterior a la existencia de sus derechos, que en definitiva han de ser expresión y concreción de aquella. El valor dignidad del menor es el referido a los niños y adolescentes, lo que posibilita una vida digna en la que se garantice un libre desarrollo de la persona.

---

<sup>29</sup> BALABASTRO REGUERA,Diego,*Los valores jurídicos*. Conferencia dictada con motivo de la iniciación del año lectivo 1958,Publicaciones Corrientes,República de Argentina,1958,pág 2.

<sup>30</sup> DÍAZ, Elias,*Sociología y filosofía del derecho*,Taurus,Madrid,1982 pág 125 y 126.

<sup>31</sup> En este punto es interesante la lectura de las páginas que tratan del origen de los valores y la política, la referencia que hace a KANT, el acercamiento a Max SCHELLER y la alusión a la filosofía del lenguaje moral en CERVANTES JÁUREGUI,Luis,*Los valores políticos (Reflexiones acerca del vínculo entre la ética y la política)*,Edit. Benemerita Universidad Autónoma de Puebla; Dirección General de Fomento Editorial,Mexico,1991 págs 205 a 226.



Una aproximación a un concepto descriptivo de valores, nos llevaría a considerar que son *aquellas entidades que fundamentan e inspiran a una sociedad y apuntan a los fines a los que aquella tiende, imprescindibles para su existencia.*

Nos preguntamos si estas *entidades* son *absolutas* e *inmutables*. La apuesta por esas dos notas y la inclusión de la *atemporalidad* axiológica nos lleva a concluir que son inalcanzables, sin posibilidad de cambio y existen desde siempre.

En este sentido se manifiesta WINDELBAND, para quien los valores poseen validez absoluta, pertenecen a un reino inmutable y eterno y como *elementos culturales*, no existen sino que valen. Para el neokantiano badense el valor de toda sociedad está condicionado por un sistema cultural que se cumple a través de normas o criterios ideales que representan la realización de los deberes culturales.<sup>32</sup> De la concepción axiológica apuntada, aceptamos plenamente que los valores sean *elementos culturales*, pero no coincidimos con el resto, ya que a nuestro juicio, los valores están íntimamente conectados con la percepción social y por lo tanto son *relativos, mutables* e *históricos* considerándolos, junto a HEYDE nociones de relación y no de esencia<sup>33</sup>.

*Fundamentan e inspiran a una sociedad.* En este punto me interesa hacer dos observaciones:

- a) que los valores, en la sociedad, se manifiestan como *cultura* por lo que en este sentido la cultura sería la *realización* de los valores en la sociedad y
- b) el Derecho es la *concreción* de los valores en la sociedad.

Así, el Derecho, como expresión cultural, es el medio a través del cual se realiza la labor fundamentadora e inspiradora de derechos y obligaciones<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> WINDELBAND siguiendo a LOTZE elabora desde el historicismo de las ciencias culturales el concepto de valor cultural. Para el eticista de baden la fuente de la que brotan los valores es la historia. El devenir histórico de la humanidad pare con esfuerzo los valores. Por ejemplo, el valor justicia social fue desconocido hasta la segunda mitad del siglo XIX. ¿Esto significa que en ese momento se creara un nuevo valor?. Lo que ocurre es que el valor Justicia cobra una nueva dimensión, la social, que no sin forcejeos, nace con vocación de impregnar, de imponerse a la sociedad. Cuando la sociedad se adhiere al valor justicia, resultado de la brega y los esfuerzos de la colectividad surge, se descubre un “nuevo valor”.

<sup>33</sup> Al aceptar que los valores expresan la cultura de cada pueblo, podemos decir, que lo justo para un pueblo puede ser injusto para otro. La realidad así nos lo muestra en el caso de la pena de muerte, que está aceptada como sanción en el ordenamiento jurídico de algunos estados de la República estadounidense, mientras que para los ordenamientos europeos es inaceptable pues el valor de la vida se impone sobre todo y sobre todos.

<sup>34</sup> En el mismo sentido se manifiesta RADBRUCH al decir que “el concepto de Derecho es un concepto de una realidad referida a valores, una realidad cuyo sentido consiste en estar al servicio de los valores. El Derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea de Derecho. El concepto de Derecho está pues, predibujado en la idea del Derecho” RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*. Trad. José Medina Echevarría, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933 pág 44.

Así las cosas, cuando el Derecho regula la conducta de la comunidad humana reflejando a través de normas e instituciones el orden axiológico, aparece el *deber ser valorativo* (*Geistensollen von Werten*). Por ello, el Derecho tienen como *bueno/a* la conducta que se ajusta a los valores, incluso los proyecta de acuerdo a su *deber ser* y rechaza, penaliza, lo contrario a los valores o aquello que se opone al *deber ser* de los mismos.

Dicha tesis es la sostenida por NAWIASKY que mantiene que el Derecho pertenece al mundo de las representaciones humanas y regula la conducta de los hombres en sociedad. Sus comportamientos sociales (*sein*) deben ajustarse a unas determinadas exigencias que son el contenido del deber ser (*sollen*)<sup>35</sup>.

Dentro de la Teoría de la dinamogénesis, los valores son elementos prejurídicos y metajurídicos que condicionan y fundamentan al Derecho que es reflejo imperativo y poderoso del sentir axiológico de una sociedad.

De forma esquemática, lo anterior podría explicarse del siguiente modo: el mundo de los valores está compuesto por múltiples divisiones, dependiendo del tipo de valor, así *estéticos* (armonía, belleza, equilibrio), *éticos* (equidad, bondad), *jurídicos* (justicia, igualdad). Y entre ellas se relacionan, por ejemplo, la libertad es tanto un valor ético como jurídico.

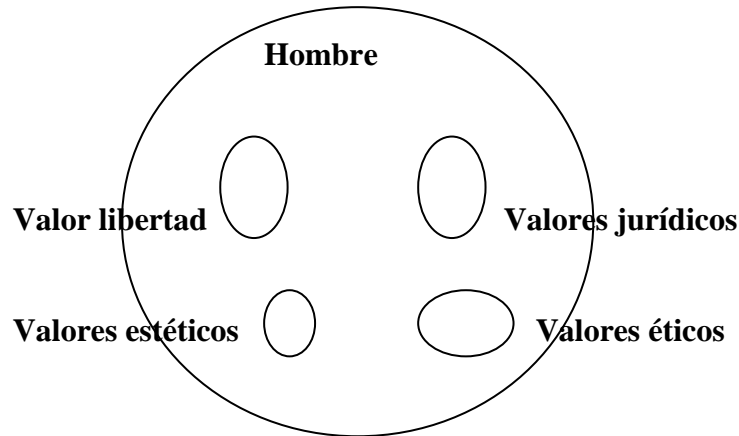
En esta situación los valores están en *suspense*. Todavía *no son* porque *no se sienten*, *no valen*. Se encuentran en su dimensión presociojurídica y metasociojurídica. Es posible que la nobleza de espíritu de algunos hombres les haga intuirlos y conocerlos, pero hasta que la conciencia social no los reconozca sólo *son* y *valen* para aquellos que los *sienten*.

Este mundo axiológico lo representamos con un círculo en el que situada en una postura antropocentrista, obligatoriamente situo en el epicentro de ese mundo axiológico al hombre, a la humanidad.

---

<sup>35</sup> Dicha tesis se aplica respecto a la Teoría General del Derecho en NAWIASKY, Hans, *Allgemeine Staatslehre. Erster Teil Grundlegung*, Verlagsanstalt Benziger & Co, AG. Einsiedeln-Köln, 1945. Respecto a la Teoría General del Estado Cfr NAWIASKY, Hans, *Allgemeine Rechtslehre. System der Rechtlichen Grundbegriffe*, Verlagsanstalt Benziger & Co, AG. Einsiedeln-Köln 1941.

## Mundo de los VALORES



El ser humano, aceptada su naturaleza falleciente, pero también su potencial para elevarse, tiende a conseguir, a realizar los valores, en soledad o en sociedad. De esta forma quien a ellos aspira, se acerca a la perfección, a la virtud, supera tal naturaleza imperfecta. Del mismo modo las sociedades, que en definitiva, son agrupaciones humanas, cuando tienden a ellos.

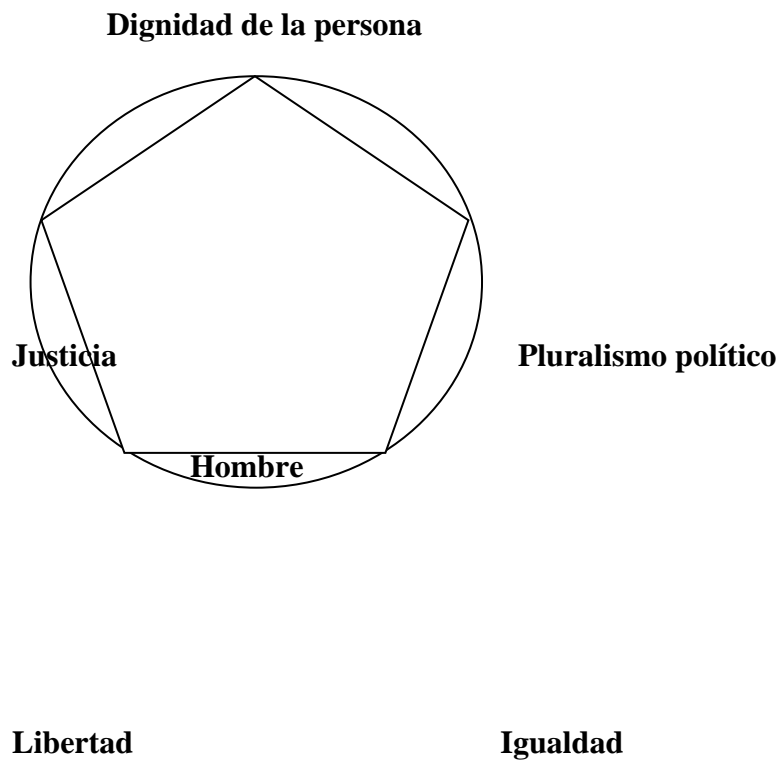
La tensión entre la naturaleza falleciente y su superación implica un esfuerzo personal y social. El maestro alemán IHERING recoge con acierto esta tirantez resolviendo la superación de la misma en la lucha por el Derecho. En esa lidia, no cabe tregua, es una batalla constante para conseguir la justicia, es decir la concreción de los valores. El círculo que expresa el mundo axiológico está ordenado y limitado. Los valores adquieren nuevos perfiles que corresponden a una adaptación de los originales a las nuevas circunstancias sociales y así surgen valores nuevos. Este mundo axiológico *latente*, cobra vida cuando los valores se *sienten*, en ese momento la comunidad social los demanda y nacen a la realidad.<sup>36</sup> Los valores que la sociedad se autoimpone *valen*, mientras que los que rechaza, se ignoran. De forma tal que el conjunto de los valiosos forman el *sentimiento axiológico de la sociedad*.

---

<sup>36</sup> HENKE Cit por LUCAS VERDÚ, Pablo, *Estimativa y Política constitucionales*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1984, pag 18

Hablamos de sentimiento axiológico porque ese orden valorativo que la sociedad estima como valioso, la define, y por esta razón lo siente. En caso de peligro lo defenderá apasionadamente para salvaguardarlo.<sup>37</sup>

Este sentimiento axiológico societario lo representamos como un pentágono circunscrito en el círculo que reflejaba el mundo axiológico. Los vértices del pentágono, en nuestro ordenamiento jurídico están expresamente propugnados en el Texto Constitucional: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, por encima de ellos, presidiendo, la dignidad de la persona, pues el epicentro sigue siendo el hombre.



Como se observa, los vértices se corresponden con los valores superiores enunciados en el artículo 1.1 de la Constitución. Cabe preguntarse ¿Porqué hemos introducido dentro del ámbito social un elemento jurídico, y además porqué hemos considerado los valores superiores enunciados en la Constitución como los definatorios del sentimiento axiológico de

---

<sup>37</sup> Ello se pone de manifiesto en los mecanismos de defensa de la Constitución, ( por ejemplo el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad) como expresión normativa cuyo dictado expresa los valores de convivencia de la sociedad española.

la sociedad española? La respuesta es simple: entendemos que la Norma Fundamental representa, en términos jurídicos, el sentir social de forma clara y precisa.

Así, concibiendo la Constitución como expresión normativa del sentir social, los valores que estima como los superiores del ordenamiento jurídico, serán también los que expresen el sentimiento axiológico de la sociedad. En este sentido el Tribunal Constitucional español no ha dudado en considerar la Constitución española como un *orden de valores*.<sup>38</sup> Volviendo sobre nuestros pasos, y aceptando que el Derecho se corresponde con las representaciones humanas que se refieren a la convivencia humana en sociedad. ¿Cómo se realiza esta tarea? ¿Cómo se resuelve la lucha por el Derecho?

La respuesta es sencilla: a través del ordenamiento jurídico, que ha de reflejar el sentimiento axiológico de la sociedad concretándolo en normas. Ocurre que las sociedades actuales son, en gran medida, sociedades abiertas, “donde el Derecho se desarrolla a través de fuerzas espirituales... donde se tienen en cuenta estimaciones con carácter jurídico integrador que brotan de un debate libre dentro de la sociedad”<sup>39</sup>. Por ello, el Derecho regula la convivencia en sociedad de forma justa al garantizar y proteger lo valioso. La situación es la siguiente: están enfrentados en batalla entre iguales, la naturaleza falleciente y el ánimo superador del hombre; de la victoria en la pugna por el Derecho depende que consigamos concretar los valores de la sociedad en el derecho y por ende que el ordenamiento jurídico sea reflejo jurídico de valores.

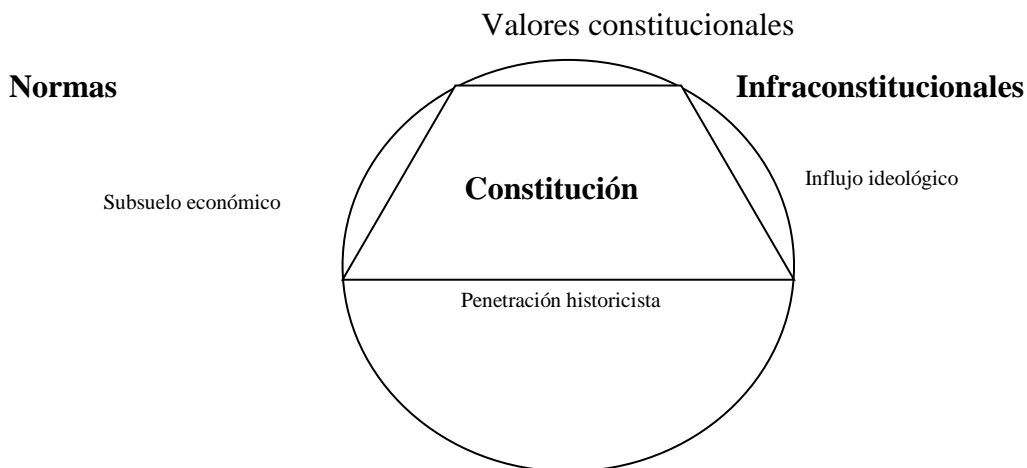
A través de la juridificación de los valores, estos que ya *son, viven*, saltan del plano ideal (sentimental) al real, porque pueden exigirse, garantizarse y protegerse.

Esta visión del Derecho como medio que da vida a los valores, como expresión axiológica que se inspira en una cultura, en nuestro caso la euroatlántica, dista mucho de la tesis de la pureza metódica kelseniana. Efectivamente, el gran jurista alemán rechaza cualquier planteamiento extrajurídico. Sin embargo, aprovechamos la construcción jerárquico piramidal de su discípulo MERKEL para explicar como el Derecho, a través del ordenamiento jurídico, especialmente en el orden constitucional cumple con la función protectora y garante de los valores.

---

<sup>38</sup> SSTC 8/1983 de 18 de febrero; 67/1982 de 15 de noviembre; 35/1987 de 18 de marzo.

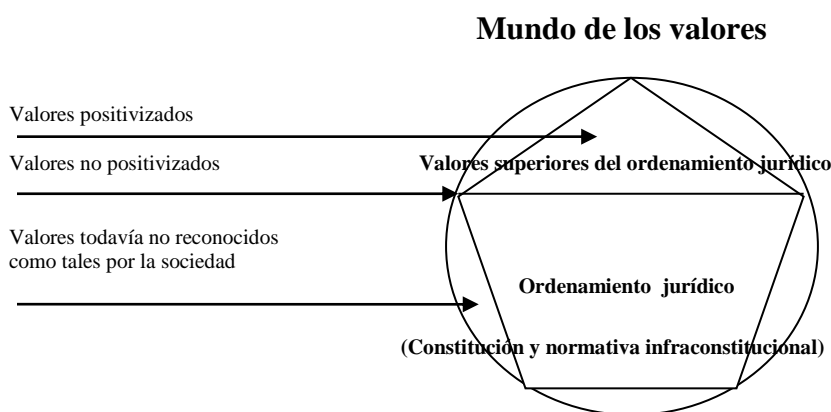
<sup>39</sup> LUCAS VERDÚ, ob cit. págs 20 y 21



Hemos recogido la magistral representación del ordenamiento constitucional de LUCAS VERDÚ. Mi maestro considera que está condicionado por cuatro dimensiones, a saber: el subsuelo económico, condicionante; la dimensión axiológica, influyente; la penetración historicista, matizadora y la dimensión estimativa iusnaturalista, justificante<sup>40</sup>.

En cuanto a la normativa infraconstitucional está condicionada por la Constitución donde, como se aprecia en el gráfico, encuentra su apoyo<sup>41</sup>.

El triángulo anterior está circunscrito dentro del círculo de los valores y a su vez conecta con el pentágono que refleja los superiores del ordenamiento jurídico. Los que hemos mantenido que *son* para la sociedad, pues expresan en *sentimiento axiológico de la sociedad*. Si contraponemos las tres figuras geométricas nos encontramos con la siguiente representación.



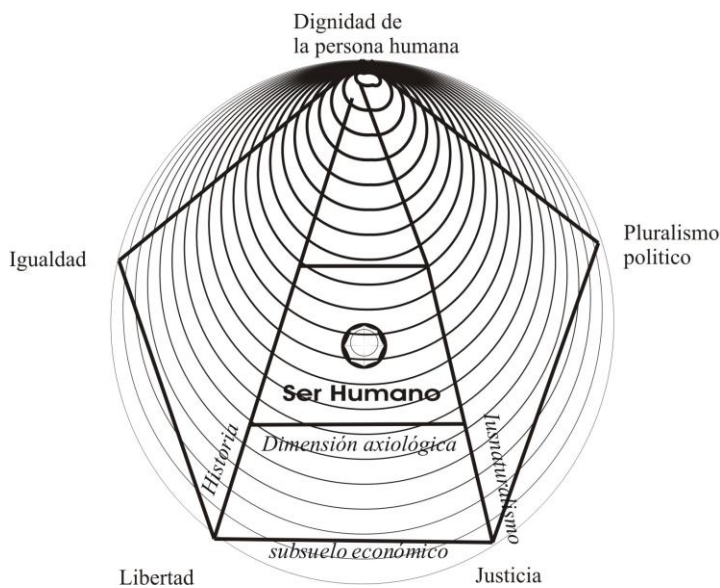
<sup>40</sup> LUCAS, VERDÚ en *Estimativa...* pag 64 y 65.

<sup>41</sup> Así lo han mantenido la STC 80/1982 de 20 de Diciembre que se expresa en los siguientes términos “la suma de atributos de normatividad y superioridad propias de la Constitución determina la unidad del ordenamiento del Estado”

El esquema nos muestra que hay una zona no contenida en el ordenamiento, en ella se encuentran aquellos valores que son *sentidos* por la sociedad, pero que todavía el Derecho no ha regulado. ¿Quiere decir esto que *no son valiosos*? ¿Únicamente los valores normativizados o institucionalizados *son* valores?

No creemos que esto sea así; Lo que ocurre es que, como dice mi maestro, el Derecho avanza de forma geométrica mientras que la sociedad lo hace de forma aritmética. Por esta razón, algunas veces ocurre, que valores inscritos en el sentimiento axiológico social todavía no tienen reflejo en el Derecho. Esta diferencia temporal se apoya en la seguridad jurídica. El Derecho no puede proteger nada más de lo que está seguro que merece protección. De otra manera, podría llegarse a regular *no valores*, que por su potencia social están disfrazados de contenido axiológico siendo en realidad meras modas o corrientes sociales.

La expresión gráfica es la siguiente



Que se corresponde con la siguiente secuencia:

Mundo abstracto de los valores	El valor <i>es</i> una <i>entidad absoluta</i>
Sentimiento axiológico de la sociedad	El valor <i>se siente</i> valioso, el valor <i>es</i> en la realidad social. <i>Valen</i>
Juridificación del valor (inclusión del mismo en el ordenamiento jurídico)	El valor <i>se protege</i> y <i>garantiza</i> a través del Derecho. <i>Los valores deben ser</i>

Con ello, en el campo jurídico, parece que se cumple la afirmación siguiente: *la cultura contiene valores que cuando son sentidos como tales por la sociedad se convierten en valiosos y el Derecho se encarga de protegerlos y garantizarlos cuando los incluye en el ordenamiento jurídico.*

Podemos decir que así avanza la sociedad que va adecuando la cultura al devenir histórico y ello, en lo que a nosotros atañe como juristas, lo hace a través del Derecho. Se impone el talante *naturaliter liberalis*, “propio de los constitucionalistas abiertos *ex-definitione*, a los convenientes y necesarios cambios normativos e institucionales, estructurales y de procedimiento que piden los tiempos”<sup>43</sup>

Si el sentimiento axiológico de la sociedad no tiene un reflejo dentro del Derecho podemos decir que ese Derecho es obsoleto o no satisface los intereses que la sociedad exige, no cumple con su función.

Llegado a este punto, debemos detenernos en los conceptos de validez y la vigencia. Puede que nos encontremos con un plexo de valores que “*son*” porque han sido desvelados por las circunstancias, pero algunos sólo *valen* y otros *deben ser*.

En este sentido, HENKE, resalta la necesidad de dirigir la convivencia social de acuerdo con un orden de valores con fuerza normativa. Como hemos visto, el Derecho se encarga de organizar ese *deber ser valorativo* mediante normas e instituciones que aseguran ese orden axiológico deseado por la comunidad. Es decir, la sociedad utiliza el Derecho para autorregularse de acuerdo a parámetros axiológicos dependientes directamente de la cultura.

El Derecho capta los valores “*sentidos*” como tales por la sociedad y los traduce en principios axiológicos normativizados que se imponen a la sociedad a través de las reglas de eficacia validez y vigencia. Lo que socialmente *vale* lo convierte en un *deber ser valioso*.

---

<sup>42</sup> Esta secuencia que hemos explicado desde una óptica científico jurídica se cumple en otros órdenes. Por ejemplo el artístico. La cultura euroatlántica contiene en su seno valores estéticos que descubrieron, hicieron valiosos los escultores grecolatinos así la idea del equilibrio y la proporción son sentidas como reglas que determinan que una escultura sea o no valiosa, se acerque a la perfección. Así POLÍCLETO el viejo (siglo V a.C) recoge sus investigaciones sobre el equilibrio y la proporción de formas en su célebre tratado conocido como el Canon. El progreso histórico determina cambios sobre esos valores estéticos y así la escultura moderna parece que se aleja de las reglas clásicas para adoptar otras nuevas más cercanas a la percepción y a la libertad, de formas. El valor libertad, se reconoce desde el arte y se materializa en la realidad de la obra moderna.

<sup>43</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político. Vol. I: Introducción: Concepto, método, escuelas. Vertiente histórica del derecho político. El derecho constitucional en el marco del derecho político*, 2ª edición. Tecnos, Madrid, 1992, pág 57.



Las normas están vigentes mientras se encuentran enraizadas en el espíritu comunitario. Cuando dejan de estarlo devienen inútiles y con independencia de su derogación, dejan de valer y su ser se desvanece.

En cuanto a la validez, siguiendo a ORTEGA y GASSET, los valores *son* cuando *valen*, es decir, tienen contenido cuando son reflejo de un valor que la comunidad o el individuo le otorgan, entonces, el valor despliega todos los efectos de su ser. Se impone con una *vis* atractiva tal, que se transforma, generalmente a través del Derecho, en el *deber ser valorativo*. En definitiva, la eficacia se resume en que las normas deben ser cumplidas. Así, eficacia significa efectividad, fuerza para imponerse y exigirse. Siendo el Derecho el instrumento a través del cual se hacen exigibles, eficaces los valores. Al decir de mi maestro, “el Derecho es el defensor del orden social de los valores (*Hüter der sozialen Wertordnung*); de este modo emerge la función jurídica protectora de los valores adoptando medidas preventivas y represivas contra su violación”<sup>44</sup>

¿Significa eso que el reconocimiento que hace el Derecho es imprescindible para que un valor sea? No lo creemos, recuérdese que manteníamos que el valor *es* cuando la sociedad lo *siente*, cuando *tiene valor* para la comunidad, cuando *vive* en la conciencia social. El Derecho es un medio que lo garantiza y exige.

Esta labor instrumental que hemos dado al Derecho se realiza cuando surge el conflicto. En ese momento, la norma resuelve la problemática, suscitada entre dos intereses, apoyándose en los valores que la inspiran. Cuando el valor está normativizado, el conflicto se resuelve según el contenido de dicha norma. Sin embargo, puede ocurrir que el interés se apoye en un valor socialmente reconocido pero no normativizado. En ese caso, ¿queda desprotegido el interés?, ¿es inexistente el valor por que su exigencia es extralegal? A mi juicio, si no yerro, la finalidad es hacer justicia ya que sin justicia no hay Derecho. Ante una pretensión jurídica fundada en un valor sentido como tal por la sociedad, el Derecho debe actuar a pesar de la laguna legal. Esa actuación posee diversas manifestaciones de la que, como hemos visto anteriormente, quizás la más precisa sea acudir a los Principios por ser fuente normativa.

No vamos a analizar si este Derecho es justo o injusto, cuya aclaración desbordaría la reflexión que estamos realizando. Entendemos que si es acorde a los valores que lo inspiran lo será, mientras que si no se adapta a ellos, su consecuencia será la injusticia.

---

<sup>44</sup> LUCAS VERDÚ. *Ibidem*, pág 21.

Resumiendo, es una realidad que según avanza el inexorable progreso, se van descubriendo valores que antes se hallaban tras el velo del desconocimiento.

Así, en un momento inicial, aunque el valor existe no se conoce por la comunidad. La mano del desarrollo social, descubre el rostro de los valores nuevos. En ese instante, la comunidad, sintiéndose reconocida con ellos, acepta que sean inspiración de su convivir y en su devenir. Tal es el caso de la dignidad de la infancia, que como hemos indicado hace referencia directa a la dignidad de la persona. El rostro que se descubre conjuga en armonía perfecta los rasgos inocentes de la infancia y las facciones pausadas de la dignidad del ser humano.

Este valor concede un significado distinto a la dignidad de la persona (valor ya sentido como tal por la sociedad y reconocido por el Derecho). La dignidad toma un perfil, una orientación y un contenido nuevo como consecuencia de la conexión con la infancia.

En este punto, debemos tener en cuenta que la dignidad de la infancia se conecta de forma inmediata con el desarrollo de la persona y con su integridad. De forma mediata, la dignidad del hombre se manifiesta a través del valor de la infancia en la salvaguarda de la dignidad de las generaciones futuras ya que los niños y los adolescentes son sus representantes.

Líneas arriba sosteníamos que los valores que constituyen el sentimiento axiológico de la sociedad son los que fundamentan, transforman, en definitiva dan vida al Derecho. Así las cosas, el valor de la dignidad de la infancia está presente en la comunidad internacional, impregna el entorno europeo y se ha adoptado en la sociedad española.

Queda probada por tanto que los valores entorno a la infancia se han echo carne alumbrando un plexo normativo e institucional que impone la concreción de los derechos fundamentales de los niños. Dicho derecho pugna por su existencia frente a las construcciones de la técnica y dogmática jurídica tradicionales.

El ordenamiento constitucional, mediante el artículo 39 reconoce la existencia formal de tales derechos. Además, en su dimensión principal la infancia, cumple con la importante labor de ser *objetivo final que dirige la acción de los poderes públicos y condiciona la interpretación del ordenamiento jurídico* <sup>45</sup>. Es decir, el Estado queda afectado por el compromiso con la infancia a través del mandato directo y finalista que se impone a los poderes públicos.

---

<sup>45</sup> STC 83/1984 de 27 de julio.

En definitiva, aceptando lo anterior se pondría de manifiesto que “el ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado: ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento, como instrumento de progreso y perfeccionamiento” (STC de 16 de marzo de 1981 F jco 5), y por ello se cumpliría la secuencia que antes apuntábamos:

Mundo abstracto de los valores	El <i>valor</i> de la infancia <i>es</i> una <i>entidad abstracta</i>
Sentimiento axiológico de la sociedad que a partir de los años 50 se adhiere a los valores que representa la infancia.	El valor de la infancia <i>se siente</i> valioso, el valor <i>es</i> en la realidad social. Surge el <i>interés</i> y la <i>problemática</i> circunscrita a la protección de los derechos de los niños.
Juridificación del valor (inclusión del mismo en el ordenamiento jurídico)	El valor <i>se protege</i> y <i>garantiza</i> a través del Derecho. La Constitución española lo expresa en su art. 39.4 <sup>46</sup>

Juridificación del valor (inclusión del mismo en el ordenamiento jurídico)	El valor <i>se protege</i> y <i>garantiza</i> a través del Derecho. La Constitución española lo recoge en el art. 39.4. como una norma vinculante pero de dudosa eficacia. Es un <i>deber ser declarativo</i>
Desarrollo del mandato constitucional a través de una Ley de Desarrollo que reconozca la existencia de un derecho	El valor <i>se convierte</i> en un <i>deber ser eficaz</i>

---

<sup>46</sup> El admitir que el derecho enunciado posee únicamente un valor declarativo y no un poder vinculante hasta que no halla una ley que lo desarrolle supondría por una parte renunciar al carácter vinculante de un precepto constitucional y admitir una modificación del esquema apuntado que quedaría de la siguiente forma: