



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

DERECHOS SOCIALES E INTEGRACIÓN

Luz Pacheco-Zerga

Roma, 2013

FACULTAD DE DERECHO



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Los derechos humanos de primera generación. — 3. Los derechos humanos de segunda generación. — 4. Los derechos sociales en la Comunidad Andina de Naciones. — 5. Los derechos de tercera generación en la CAN y en la UE. — 6. Los cánones de interpretación y aplicación de los derechos sociales y de solidaridad en los procesos de integración. — 6.1. Respeto a la dignidad humana. — 6.2. Igualdad y no discriminación. — 6.3. Tolerancia. — 7. Conclusiones.

1. — Introducción.

Los procesos de integración, como su nombre lo indica, se ordenan a lograr “que alguien o algo pase a formar parte de un todo”¹, lo cual sólo es posible si los elementos son homogéneos. En el caso de los procesos de integración de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y de la Unión Europea (UE) lo que hace posible recorrer no sólo un camino común sino aspirar a un destino común, con respeto a la diversidad, es – en palabras de los países sudamericanos: la conciencia de estar unidos “por un pasado y una geografía comunes y hermanados en la búsqueda de metas históricas que afirmen y proyecten las raíces y tradiciones propias de su identidad”². Y, en palabras de los países europeos, porque esa meta se traza “con la inspiración de la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de Derecho”³.

Es la coincidencia en los valores universales que configuran los derechos inviolables e inalienables de la persona humana lo que permite crear un bloque de integración que supere los intereses económicos y centre sus esfuerzos en lograr por “la senda de la civilización, el progreso y la prosperidad en bien de todos sus habitantes, sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos”; con apertura “a la cultura, al saber y al progreso social”; para “ahondar en el carácter democrático y transparente de su vida pública y obrar en pro de la paz, la justicia y la solidaridad en el mundo”⁴.

¹ Real Academia de la Lengua Española (2003). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (22a ed.). Madrid: Real Academia de la Lengua Española.

² Preámbulo de la Carta Andina para la promoción y protección de los derechos humanos.

³ Preámbulo de la Constitución para Europa.

⁴ Ibid.

A la vez, la globalización de la sociedad ha impulsado la integración económica en muchas regiones del mundo. Y, la cultura de defensa y promoción de los derechos humanos, que empezó el siglo XX, con particular fuerza a partir de la Declaración Universal de los derechos humanos (1948), ha logrado que tanto las constituciones de los países occidentales como los tratados celebrados con motivo de un proceso de integración, se fundamenten en el respeto a los derechos inalienables de todo ser humano, que derivan de la igual dignidad. Lo cual, a su vez, ha permitido la evolución del Estado de Derecho, propio de los siglos XVIII y comienzos del XIX, a Estados constitucionales y sociales, comprometidos no ya en la protección pasiva de los derechos individuales sino, más bien, en lograr las condiciones reales para el efectivo goce de los derechos humanos.

Hay que destacar que los procesos de integración impulsan el desarrollo económico, como lo pone de manifiesto el último Informe sobre Desarrollo Humano (IDH) de las Naciones Unidas. Según proyecciones estimadas por ese organismo, “la producción económica combinada de tres de los principales países en desarrollo solamente (Brasil, China e India) superará la producción total de Canadá, Francia, Alemania, Italia, el Reino Unido y Estados Unidos. Gran parte de esta expansión es impulsada por nuevas asociaciones de comercio y tecnología en el interior mismo del Sur”. A la vez, el documento insiste, como en anteriores oportunidades, en que “el crecimiento económico por sí solo no se traduce automáticamente en el progreso del desarrollo humano”. Son necesarias “políticas a favor de los pobres e inversiones significativas en las capacidades de las personas (mediante un enfoque en educación, nutrición, salud y habilidades de empleo)” para así poder “expandir el acceso al trabajo digno y brindar un progreso sostenido”⁵.

El presente trabajo desea aportar algunas luces sobre la relación entre el reconocimiento de los derechos humanos por el derecho constitucional o los tratados internacionales y la función que deben cumplir los poderes públicos frente a ellos, con particular énfasis en los derechos sociales y de solidaridad. Asimismo, analizaremos los cánones fundamentales o principios fundamentales para la interpretación y aplicación de esos derechos a fin de lograr los objetivos de los procesos de integración.

⁵ NACIONES UNIDAS (2013). Informe sobre Desarrollo Humano 2013. Obtenido en http://hdr.undp.org/en/media/HDR2013_ES_Summary.pdf.

Para estos efectos nos ocuparemos en primer lugar de definir el concepto de derechos humanos y de las denominadas generaciones de derecho. Para los de primera generación haremos una síntesis global, mientras que para ilustrar los de segunda y tercera generación haremos una referencia a los reconocidos en la Comunidad Andina de Naciones y en la Unión Europea. Finalmente, culminaremos la investigación con el análisis de los principios basilares de los procesos de integración, que son los de respeto a la dignidad, igualdad y no discriminación y tolerancia.

2. — Los derechos humanos de primera generación.

Se ha criticado la ambigüedad conceptual de la expresión “derechos humanos”, por existir una amplia discusión doctrinal al respecto⁶. Partimos, pues, por definirlos como unas exigencias de justicia que devienen de las necesidades y de los bienes propios de la dignidad de los seres humanos. No son simples preferencias ni elecciones arbitrarias sino conductas necesarias que responden a la naturaleza y al modo de ser propio de seres dotados de potencias físicas y espirituales. Son necesarios para “proteger al ser humano”⁷. Esta característica evidencia que la persona tiene una dignidad que es, a su vez, fundamento de los derechos que permiten, por un lado, el desarrollo del ser humano y, por otro, impide que sea utilizado como medio u objeto. La dignidad humana constituye, en definitiva, el fundamento del carácter valioso de la libertad, del deber de proteger aquellos despliegues suyos en que consiste la mayoría de los derechos (...) actúa como dato que fundamenta la obligatoriedad moral o jurídica, de realizar aquellas conductas o de respetar aquellos bienes en que consisten los derechos humanos”⁸.

Esas exigencias son verdaderos derechos, porque “responden a un ajustamiento de la conducta que tiene en cuenta las exigencias de los otros, de acuerdo con un criterio de reciprocidad”⁹. Su carácter jurídico obliga a superar el individualismo, “que confunde los derechos con pretensiones ilimitadas que [se] pueden satisfacer siempre que se disponga de

⁶ Cfr. por todos, A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (9a ed.), 2005, Madrid, pp. 223-224.

⁷ E. Vidal, *Los derechos de tercera generación*, cit. p. 120.

⁸ P. Serna Bermúdez, *La dignidad de la persona como principio del Derecho Público*, en *Derechos y Libertades*(4), 1995, p. 294.

⁹ J. Ballesteros, *¿Derechos? ¿Humanos?*, en *Persona y Derecho*(48), 27-46, 2003, p. 28.

la solvencia económica”¹⁰. Los derechos humanos no son absolutos ya que la persona es interdependiente: requiere del auxilio de los demás para alcanzar la plenitud personal. Y se denominan fundamentales o constitucionales, en la medida en que son incorporados a los textos constitucionales. En la presente investigación se emplearán los términos derechos humanos y derechos fundamentales como sinónimos, aún cuando no lo sean en todos los ordenamientos jurídicos occidentales.

Si bien es cierto todos los derechos emergen de la dignidad humana y tienen por eso un carácter unitario, no puede negarse que la dimensión histórica de la existencia humana ha permitido profundizar en el alcance de esos derechos, para positivarlos paulatinamente, lo que ha justificado la expresión de generaciones de derechos, que van de la primera a la tercera generación.

Los derechos humanos de primera generación son los civiles y políticos reconocidos a las élites del Antiguo Régimen, que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), pretendió extender a todos los ciudadanos. Estos derechos, denominados también liberales tienen como prototipo al sujeto varón, propietario y burgués, que “excluye de su goce a quienes por su condición física (mujeres, niños, ancianos), por su condición social (no ser noble, ni pertenecer a la burguesía, al clero o al ejército), o por su posición social de vulnerabilidad y fragilidad no poseen la titularidad, el ejercicio y el goce de dichos derechos”¹¹.

No obstante, la Revolución Francesa logró la ficción jurídica de hacer creer a las grandes mayorías que, conforme a “la promesa de emancipación ilustrada a través del Derecho, lo racional es también real”¹², todos tenían los mismos derechos. Sin embargo, la desigualdad real no fue corregida sino, más bien, incrementada porque se impuso a la actividad del Estado el principio liberal del *laissez faire*, según el cual, éste debía limitarse a ser un vigilante nocturno, que vigilase y castigase los posibles excesos¹³. El abstencionismo del Estado fue impuesto, paradójicamente, por el mismo Estado a petición de los particulares.

¹⁰ J. Ballesteros, *¿Derechos? ¿Humanos?*, en *Persona y Derecho*(48), 27-46, 2003, p. 28.

¹¹ E. Vidal, *Los derechos de tercera generación*, en José Justo Megías Quirós (Coord.) (Ed.), *Manual de derechos humanos*, 2006, Elcano (Navarra), p. 121.

¹² *Ibidem*.

¹³ Cfr. E. Vidal, *Los derechos de tercera generación*, cit. p. 122.

Y, una vez establecido, fue necesario garantizar que no se produjese ninguna intervención exterior que alterase el equilibrio del mercado¹⁴. El pensamiento liberal considera esencial “la presencia de condiciones de libertad perfecta para la existencia de la libre competencia”¹⁵, porque los beneficios no están garantizados, y quienes intervienen en el proceso económico, según ellos, deben lograr sus utilidades en base al solo juego de la oferta y la demanda. Se exige entonces que los precios sean libres, que se fijen por sí mismos para asegurar la utilidad económica del inversor. Pero, en definitiva, los precios no se fijan por una simple regla de azar, sino de acuerdo a los intereses de los agentes que dirigen el proceso económico, es decir, los empresarios y comerciantes, ya que el consumidor lo que busca, por regla general, es el producto de la mejor calidad al menor precio posible.

En este marco socio-económico los alemanes iniciaron una experiencia del Estado de Derecho, – que luego se extendió a otros países europeos y americanos – al buscar un ideal institucional o “una realidad espiritual (...) dirigida a proteger al ciudadano con su libertad, sus valores, así como sus derechos innatos y adquiridos frente al peligro de eventuales abusos por parte de los detentadores del poder político, con el aporte indispensable de la teoría kantiana¹⁶. La libertad, entendida sobre todo como autodeterminación, legitima al Estado que debe actuar sobre la base del consenso de los ciudadanos, que a su vez, exige un actuar conforme a la razón. Se trata de un modelo formalista, en el que no interesa la experiencia histórica sino la condición a priori del Estado, de remitirse a la razón para una coexistencia libre a través del derecho, entendido, a su vez, como normativa racional. Lo cual es correcto pero insuficiente porque los derechos no son abstractos sino concretos, de acuerdo a las circunstancias socio-económicas de cada individuo.

En esta nueva cultura, la regulación jurídica del trabajo fue la expresión más clara de esta concepción de los derechos humanos en la civilización europea. Al someter el trabajo a

¹⁴ Termes considera que en la base del pensamiento económico liberal no se encuentra la negación del papel del Estado sino, más bien, “la defensa de la necesidad de crear y mantener un marco constitucional para que la economía encuentre sus propios objetivos y solvente por ella misma los conflictos que puedan existir”. R. Termes Carreró, *Poder creador del riesgo frente a los efectos paralizantes de la seguridad.*, 1984, Barcelona: Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, p. 115. Sin embargo, pretender que sea la economía la que resuelva los conflictos equivale a reducir el papel del Estado al de una mera estructura constitucional del mercado. Para conocer el pensamiento de Adam Smith en estas materias es interesante la síntesis que realiza Termes en la segunda parte de la obra antes citada.

¹⁵ R. Termes Carreró, *Poder creador del riesgo frente a los efectos paralizantes de la seguridad.*, cit., 1966.

¹⁶ A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 213.

las leyes de la oferta y demanda, como si fuera un elemento de producción económica similar a la materia prima, se mercantilizó la vida humana. El salario fue concebido como un precio, fijado de acuerdo al interés del empresario, sin tener en cuenta las necesidades ni circunstancias personales del trabajador. La utópica igualdad predicada por el liberalismo cristalizó en los Códigos civiles de la época, que proclamaron la autonomía de la voluntad de las partes en la realización de cualquier negocio jurídico, incluyendo el de la prestación de servicios dependientes y por cuenta ajena¹⁷. El resultado de esta forma de contratación fue una dolorosa dislocación social, manifestada en jornadas excesivas de trabajo, condiciones insalubres, hacinamiento de los obreros en las ciudades, destrucción de lazos familiares, salarios de hambre, etc., de la cual existe abundante y muy bien documentada bibliografía¹⁸.

Era tal el despojo social que se padecía con el trabajo asalariado, que dio origen a una clase social: la del asalariado. Alguien se convertía en asalariado cuando “no era nada y no tenía nada para intercambiar, salvo la fuerza de su brazo. Se caía en el salariado como degradación del propio estado: las víctimas eran el artesano arruinado, el campesino feudal al que su tierra ya no le daba de comer, el “compañero” que había dejado de ser aprendiz y no podía convertirse en maestro.... Estar o caer en el salariado era instalarse en la dependencia, quedar condenado a vivir “al día”, encontrarse en las manos de la necesidad”¹⁹.

La mercantilización de las relaciones individuales trajo consigo la de la sociedad en general. Al considerar el trabajo y las relaciones que generaba, así como a la tierra como mercancías fue inevitable que se produjese un desgarramiento en las relaciones humanas y que se pusiera en peligro el hábitat natural de la persona²⁰.

¹⁷ Cfr. por todos G. Bayón Chacón, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del trabajo: limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español*. Madrid, 1995.

¹⁸ Cfr. por todos G. Bayón Chacón, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del trabajo: limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español*. Madrid, 1995, p. 280 y ss.

¹⁹ R. Castel, *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado* (Jorge Piatigorsky, Trans.), 1995, Buenos Aires, p.13. Esta baja consideración social perduró hasta el siglo XX: en el caso de Francia, el mismo autor señala que el principal partido de gobierno de la Tercera República, el Partido Radical, en el Congreso de Marsella de 1922 inscribió en su programa “la abolición del salariado, que es una supervivencia de la esclavitud”.

²⁰ Cfr. K. Polanyi, *La gran transformación* (Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Trans.), 1989, Madrid., p. 82. Por esta razón en la concepción tradicional del Derecho, en concreto del Derecho romano, el trabajo no era objeto de compra-venta sino de arrendamiento: se podía “co-locare”, es decir, ceder en arrendamiento, pero no «entregarse» con motivo de una compraventa. Cfr. G. Diéguez Cuervo, *Nueva función del trabajo*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*(62), 1993, p. 843.

El proyecto utópico del liberalismo económico, de crear y distribuir la riqueza por las solas fuerzas del mercado autorregulador, llevó a la sociedad del siglo XIX a fundar la vida social en el móvil de la ganancia, convirtiéndola en justificante suficiente para la acción y el comportamiento en la vida cotidiana. Éste es el último eslabón para que se realizase la transformación de una sociedad con mercados a una sociedad de mercado autorregulado²¹.

Sin embargo, la ganancia siendo un móvil lícito, no puede convertirse en el móvil de referencia del actuar social porque pervierte la ética, la solidaridad y, en definitiva, la posibilidad de la convivencia pacífica y del auténtico desarrollo humano. Grimaldi, con acentos que pueden sonar dramáticos, denuncia el envilecimiento social que se sigue a esta mercantilización, iniciada en el siglo XIX: “donde todo tiene un precio, nada puede tener valor. Nada por nada en la sociedad capitalista. Todo se vende y se compra. Nada es gratis, ningún don, ninguna gracia. Quien no tiene nada que vender no tiene nada que esperar. Donde no hay nada que ganar, no hay nada que hacer”²². En cualquier caso, esta actitud no deja de ser antinatural porque la aspiración al acceder a un trabajo va más allá de la retribución económica ya que permite alcanzar una identidad social en referencia al propio desarrollo personal y a la inserción en un contexto de reconocimiento²³.

El liberalismo del siglo XIX pretendió olvidar que el trabajo es una actividad inseparablemente unida a la persona, que no actúa en función de la venta, es decir, por un móvil exclusivamente económico porque el trabajo cumple una función social cualitativa en el desarrollo personal y no sólo cuantitativa o de simple producción de riqueza. Y, precisamente por la indisoluble unidad entre la persona y su trabajo, éste no puede ser

²¹ K. Polanyi, *La gran transformación* (Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Trans.), 1989, Madrid, p. 66.

²² N. Grimaldi, *El trabajo: comunión y excomunicación* (Ana Corzo Santamaría, Trans.), 2000, Pamplona, p. 201. Para graficar este fenómeno presenta dos ejemplos: el del joven médico a quien se le pide que visite a sus enfermos cada día, pero sin darle dinero o algún otro bien a cambio. Y el del joven profesor a quien se le dice que “su verdadero trabajo empieza cuando termina su clase, y que toda su vida apenas es suficiente para realizar esta tarea, sin guardarse ni retener nada de ella: ¿cómo es esto?, os responderá, ¿sabéis lo que me pagan? ¿En cuánto estimáis mi tiempo? ... Podemos apostar sin riesgo alguno que estos jóvenes, médico y profesor, se horrorizan ante el mercantilismo. Pero, ya que el dinero se ha convertido en el único sistema de relaciones de los hombres entre sí, no pueden imaginarse su trabajo y su vida sino con relación a él”. Se produce entonces una eshumanizante paradoja: no son capaces de dar su vida sin pedir nada a cambio porque equivaldría a decir: “¿es mi vida tan miserable que no puede venderse?”.

²³ Cfr. A. Lucas Marín, P. García Ruiz, *Sociología de las organizaciones*. 2002, Madrid, p. 423.

desgajado de la vida humana ni almacenado o puesto en circulación como se hace con las mercancías²⁴.

En definitiva, el Estado liberal, como había hecho antes el absolutista, centró su actividad en garantizar las esferas de libertad de sus ciudadanos con el menor intervencionismo posible. El derecho que se toma como modelo o patrón es el de la propiedad, de tal modo que el uso y disfrute se hace como si se fuese propietario y sin tener que dar cuenta a los demás. Se pueden resumir las características de los derechos de primera generación en las siguientes: a) son de titularidad individual y de carácter absoluto, ya que se predicen del ser humano en abstracto, sin tener en cuenta sus circunstancias concretas y reales. b) son derechos de autonomía porque establecen límites a la actuación estatal en una doble vertiente: del Estado hacia el particular y del Estado en las relaciones entre los particulares. c) Su fundamento es la libertad en su vertiente negativa (ausencia de obligaciones) y positiva (participación en determinados ámbitos sociales y políticos), pero con particular énfasis en el primer aspecto. d) No implica mayores gastos para el Estado, pues no se trata de promocionar los derechos sino de permitir que se ejerzan²⁵.

Por eso, el poder público favoreció la dislocación social y jurídica que originó, al finalizar el siglo XIX una reacción social similar en todos los países sometidos a la doctrina liberal: exigir al Estado proteger tanto al trabajo como a la tierra, para que tuviera el espacio vital indispensable para construir un hogar y tener una familia, que son el fundamento de la civilización²⁶. La violencia de las revueltas sociales ante los sistemas de trabajo basados en la autonomía de las partes, fue una experiencia común en todos los países donde la

²⁴ “El trabajo, en su sentido más pleno, supera ampliamente la pura actividad fisiológica o corporal, no se limita a lograr el sustento, sino que apunta a la tarea de descubrir el sentido de su vida, (...) La esencia del trabajo no viene de la dimensión corporal humana, de lo que tiene en común con los otros animales, sino de su espíritu, de lo que le distingue y que consiste en esa misteriosa capacidad de trascender la inmediatez de lo sensible”, M. A. Martínez-Echevarría, *Repensar el trabajo*, 2004, Madrid, p. 183.

²⁵ Cfr. F. Carpintero, *Los derechos de primera generación.*, en José Justo Megías Quirós (Coordinador) (Ed.), *Manual de Derechos Humanos* (pp. 77-101). Elcano (Navarra), 2006, pp. 98-101.

²⁶ Por todos: “El Estado social (...) se constituyó en la intersección del mercado y el trabajo”. R. Castel, *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado* (Jorge Piatigorsky, Trans.), 1995, Buenos Aires, p. 22. Sobre la función de la familia en la sociedad ver R. Alvira Domínguez, *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*. Pamplona, 1998.

inactividad del Estado desprotegía a las grandes mayorías oprimidas por sistemas de remuneración, trabajo y descanso indignos de la condición humana libre y civilizada²⁷.

Este movimiento no fue una acción concertada por los enemigos de las nuevas doctrinas: más bien, fue un contra-movimiento social para controlar la acción del mercado respecto al trabajo y a la tierra. Ésta fue la principal función del intervencionismo estatal. Y es así como surgen en países con ideologías tan diferentes como las de la Inglaterra victoriana, o la Prusia de Bismark o el Imperio de los Hasburgo, leyes sobre accidentes de trabajo, inspección en fábricas y comercio municipal, para extenderse luego a límites en las jornadas de trabajo, derecho a descansos diarios, semanales y anuales, etc.²⁸. A partir de una normativa dispersa y variada orientada a garantizar una retribución y unas condiciones de trabajo acordes con la dignidad humana y las exigencias del renuevo de las generaciones y del desarrollo de la civilidad, los países europeos tienen la experiencia – y formulan la doctrina – de los derechos de segunda generación²⁹ y emerge el Estado social de Derecho.

3. — Los derechos humanos de segunda generación.

Las nuevas exigencias sociales requerían de una acción estatal: es así como ocurre la transición del Estado de Derecho al Estado social de Derecho. Ni el individualismo ni la neutralidad del Estado liberal podían satisfacer las exigencias de libertad e igualdad reales de los sectores social y económicamente más deprimidos de la sociedad. Surge el nuevo modelo bajo el influjo de tendencias ideológicas dispares con una fórmula que se difundió al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Esa fórmula estaba compuesta, por un lado, por el triunfo del socialismo democrático y, por otra, por el pensamiento liberal más progresista, que concibe

²⁷ Cfr. M. Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo* (5a. ed.). 1994, Madrid p. 394 y ss.

²⁸ Cfr. B. Hepple, *La formación del derecho del trabajo en Europa: análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945* (José Rodríguez de la Borbolla, Trans.), 1994, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; K. Polanyi, *La gran transformación*, cit.; M. Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, cit. p. 394 y ss. pp. 410, nota 323 y 349,) Para el caso de España ver: M. C. Palomeque López, *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo, 1873-1923*, 1980, Madrid; A. Martín Valverde, *La formación del Derecho del Trabajo en España La legislación social en la historia de España: de la revolución liberal a 1936* (pp. XV-CXIV), 1987, Madrid, Congreso de los Diputados; A. Montoya Melgar, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)* (1a ed.), 1992, Madrid, especialmente el primer capítulo.

²⁹ Para un estudio más detallado del marxismo y liberalismo, así como de la mercantilización del trabajo en el siglo XIX y la condición del trabajador asalariado, remito a lo publicado en L. Pacheco Zerga, *La naturaleza del contrato de trabajo en el marco de la globalización*, en *Asesoría Laboral*(235), 2010, p. 19-30.

al Estado como un instrumento para adaptar el aparato político a las nuevas exigencias del capitalismo maduro³⁰.

De este modo se supera el agnosticismo axiológico y el formalismo positivista y se impone al Estado realizar determinados fines materiales para contribuir a la reforma social, a una más justa distribución de la riqueza que logre la justicia social en la convivencia. Los derechos sociales exigen políticas públicas que garanticen su ejercicio mediante prestaciones positivas y también por la eficiencia de los servicios públicos. Se trata, pues, de un Estado socialmente activo, comprometido en la lucha por superar las desigualdades, lo cual exige que controle el orden político y económico-social.

Se erige así un Estado social y democrático de derecho, que “requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social”³¹.

En otras palabras, el Estado social reconoció los derechos de participación y de prestación, que son los denominados de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales, recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948³². La DUDH recoge en sus primeros veintidós artículos los derechos civiles y políticos. Y, en los siguientes seis, individualiza los derechos económicos, sociales y culturales declarando que su satisfacción resulta indispensable para la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Esos derechos son:

- a. En relación al trabajo:

³⁰ Cfr. A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (9a ed.), 2005, Madrid, pp. 223-224.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. 008-2003-AA/TC, fundamento jurídico 12.

³² Ver Anexo I. Sobre las críticas a la asimetría en el reconocimiento de las dos generaciones de derechos, ver el resumen realizado por Durán, P. Lalaguna, *La perspectiva de las Naciones Unidas en la protección de los derechos sociales*, 2007, Navarra, pp. 30-38.

- i. A su libre elección, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
 - ii. No discriminación, que se expresa en igual salario por igual trabajo.
 - iii. Una remuneración equitativa y suficiente que asegure a la persona y a su familia una existencia conforme a la dignidad humana.
 - iv. A fundar sindicatos y a sindicalizarse.
 - v. Al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.
- b. En relación al nivel de vida: que sea el adecuado para que pueda gozar junto con su familia, de salud y bienestar en particular de:
- vi. Alimentación.
 - vii. Vestido.
 - viii. Vivienda.
 - ix. Asistencia médica y los servicios sociales necesarios.
 - x. Seguros que cubran los riesgos de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
- c. En relación a la educación:
- i. Gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental.
 - ii. Obligatoria, al menos, la instrucción elemental.
 - iii. Generalizada, la instrucción técnica y profesional.
 - iv. Sin discriminación para el acceso a los estudios superiores, que deberá ser en función de los méritos respectivos.
 - v. Su objeto debe ser:
 - i. el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales;

- ii. favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos;
- iii. promover el desarrollo de las actividades para el mantenimiento de la paz.

Realizando una comparación entre las dos primeras generaciones de derechos se puede concluir que los derechos civiles y políticos son negativos, de defensa y de abstención, mientras que los derechos sociales son positivos, de participación y de prestación. “Por eso cuesta mucho el reconocerlos; mientras que las libertades individuales son baratas, los derechos sociales son caros, y exigen sacrificios costosos. Son derechos que conjugan la libertad individual con la igualdad no ya formal, sino material”³³, que requieren de acciones afirmativas y de realizar una discriminación inversa, que sería equivalente al actuar con equidad, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de los ciudadanos.

En este nuevo escenario la DUDH si bien cristalizaba los anhelos sociales no tenía fuerza vinculante para los Estados miembros de las Naciones Unidas que la elaboraron. No obstante, sirvió de falsilla a las constituciones occidentales y a los pactos internacionales, que se firmaron en 1966, el primero sobre los derechos civiles y políticos y el segundo, sobre los derechos económicos, sociales y culturales³⁴.

Estos últimos, que suelen denominarse en forma genérica como derechos sociales, tienen un doble sentido: objetivo y subjetivo. En sentido objetivo son “el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales. En tanto que en sentido subjetivo, pueden entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos”³⁵.

El Tribunal Constitucional peruano enriquece aún más esta definición al precisar que los derechos sociales son “facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos

³³ E. Vidal, *Los derechos de tercera generación*, en José Justo Megías Quirós (Coord.) (Ed.), *Manual de derechos humanos*, 2006, Elcano (Navarra), p. 123.

³⁴ Cfr. el estudio sobre esta cuestión realizado por P. Serna Bermúdez, *La dignidad humana en la Constitución Europea*, en *Comentarios a la Constitución Europea*, Vol. II, 2004, Valencia, pp. 192-239.

³⁵ A. E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 1993, Madrid, pp. 183-184.

con características accidentales diferenciadas con relación a otros por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana”³⁶.

Sintetizando lo expresado hasta el momento se puede afirmar que los derechos sociales se caracterizan por ser, en su mayoría, prestacionales porque imponen al Estado o a otros grupos sociales o particulares una obligación correlativa positiva de dar o hacer, que protegen situaciones o condiciones del hombre contextualizado o situado y tienen una marcada dimensión objetiva frente a las titularidades subjetivas, que articulan las posibilidades de hablar de igualdad real o material³⁷. Tienen una doble función: limitar la autonomía del mercado, principalmente a través de la legislación laboral protectora de los trabajadores, y corregir los resultados desigualitarios de la distribución de recursos que realiza el mercado, mediante un sistema de prestaciones y servicios públicos que deben garantizar las necesidades básicas³⁸.

El que los derechos materiales se inspiren en el valor de igualdad en su vertiente material es comúnmente aceptada, pero en lo que no hay unanimidad de criterio es en el concepto de igualdad material. En cualquier caso se trata de que exista un cierto equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales en términos de justicia distributiva³⁹. Los criterios de reparto son múltiples pero se pueden reconducir a tres: de mera igualdad (dar a todos por igual), de mérito (según diversos parámetros) y de necesidad. La insuficiencia del primero de ellos es evidente: el igualitarismo radical es una utopía ya que las necesidades de las personas no son las mismas ni tampoco sus capacidades. Las claves para lograr una cierta nivelación de la riqueza y la reducción de las desigualdades sociales giran en torno a los criterios de mérito y de las necesidades, que deben ser satisfechas teniendo en cuenta la igual

³⁶ Exp. 2495-2003-AA/TC, fundamento jurídico 10, citado por L. Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*. Lima, 2005, pp. 119-120.

³⁷ Cfr. M.J. Añón Roig, J. García Roig, *Lecciones de derechos sociales*. Valencia, 2002, p. 120; E. Vidal, *Los derechos de tercera generación*, en José Justo Megías Quirós (Coord.) (Ed.), *Manual de derechos humanos*, 2006, Elcano (Navarra), p. 116.

³⁸ Cfr. E. Vidal, *Los derechos de tercera generación*, cit.

³⁹ Cfr. E. Vidal, *Los derechos de tercera generación*, cit., p. 105.

dignidad de los seres humanos y sus distintas circunstancias⁴⁰. En este campo es necesario distinguir entre necesidades básicas y bienestar. El error del denominado Estado de bienestar fue confundir la protección de los derechos básicos con la satisfacción de deseos infinitos, ya que la tarea del Estado de Derecho no es proporcionar bienestar fisiológico sino procurar una justicia que satisfaga las necesidades básicas de diverso tipo, no sólo las biológicas, para que los seres humanos puedan tener la oportunidad de desarrollar una vida plena⁴¹.

Una cuestión normalmente debatida es la exigibilidad de los derechos sociales. Se ha negado su carácter vinculante por considerar que se trata de simples aspiraciones sociales⁴². Sin embargo no es así, ya que se trata de “exigencias sociales propias de la naturaleza y consecuente dignidad humanas. El hombre no sólo es individuo sino que existe y se realiza en comunidad, es ahí donde puede alcanzar su pleno desarrollo como persona humana que es, fin supremo de la sociedad y del Estado”⁴³. El Tribunal Constitucional del Perú ha declarado que “en puridad, todos los derechos humanos constituyen un complejo integral único e indivisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí”⁴⁴. Y que es, precisamente, la dignidad humana la que “irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano sólo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada”⁴⁵. Y que no se trata “de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que

⁴⁰ Sobre las teorías en torno al mérito y a las necesidades ver E. Vidal, *Los derechos de tercera generación*, en José Justo Megías Quirós (Coord.), *Manual de derechos humanos*, 2006, Elcano (Navarra), p. 114-115.

⁴¹ Cfr. A. Cortina, *Por una ética del consumo. La ciudadanía del consumidor en un mundo global*, 2002, Madrid, pp. 166-167.

⁴² Ver el resumen de estas posturas en M.J. Añón Roig, J. García Roig, *Lecciones de derechos sociales*. Valencia, 2002, p. 105)

⁴³ L. Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*. Lima, 2005, p. 140.

⁴⁴ Exp. 2495-2003-AA/TC, fundamento jurídico 11, citado por L. Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*, cit., p. 140.

⁴⁵ Exp. 2495-2003-AA/TC, fundamento jurídico 19, citado por L. Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*, cit. p. 140

tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente”⁴⁶. En consecuencia, el Estado tiene que cumplir con estas obligaciones jurídicas exigidas por los derechos sociales, que le imponen una autolimitación presupuestaria ordenada a la inclusión social. Y, consecuentemente, le impiden parapetarse en la escasez de recursos para mantener situaciones de injusticia material.

Para finalizar este apartado es necesario resaltar que es en este marco de la nueva concepción del Estado y de los derechos sociales que surgen iniciativas de integración regional en diversas partes del mundo. Lo cual, a su vez, incoa el camino hacia los derechos de tercera generación, los de solidaridad, que en el marco de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) se denominan derechos al desarrollo y en el de la Unión Europea, derechos de solidaridad.

4. — Los derechos sociales en la Comunidad Andina de Naciones.

Para comprender el impacto de la regulación de los derechos sociales en la CAN es necesario realizar una breve reseña histórica de la evolución de este proceso de integración, que se inició el 26 de mayo de 1969 cuando se reunieron en Bogotá (Colombia), los representantes de los gobiernos de Perú, Chile, Ecuador, Bolivia y Colombia para firmar el Acuerdo de Cartagena, que dio origen al denominado Pacto Andino. Venezuela había participado en todas las negociaciones pero no llegó a firmar el Acuerdo en ese momento: lo haría algunas décadas más tarde, pero dejó de ser miembro pleno en el 2006; mientras que Chile se retiraría en 1976. El 9 de julio de 1969 el Acuerdo fue declarado compatible con el Tratado de Montevideo y entró en vigencia el 16 de octubre de ese mismo año.

La política de los países miembros en las dos primeras décadas fue la de un mercado cerrado, en el que se sustituyeron las importaciones por productos nacionales, sin tener en cuenta la calidad ni las necesidades de la población. Para conseguirlo impusieron altos aranceles a los productos importados. La economía, de corte estatista y centralista, no facilitó la inversión

⁴⁶ Exp. 2495-2003-AA/TC, fundamento jurídico 11, citado por L. Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*, cit., p. 140.

privada, que era presentada como la causante del subdesarrollo. El resultado, previsible, fue no alcanzar el desarrollo económico propuesto y, por eso, la “década de los ochenta fue tanto para los países andinos como para la integración andina, una década perdida. La crisis de la deuda afectó a todos los países de la región, desde México hasta Argentina y se reflejó en la integración, que sufrió un estancamiento”⁴⁷.

En 1989 los representantes, reunidos en Galápagos (Ecuador) deciden cambiar la política económica y dar prioridad al comercio y al libre mercado. En 1993 eliminaron los aranceles entre sí y formaron una zona de libre comercio, en donde las mercaderías circulaban libremente. Esto permitió que el comercio intracomunitario creciera y se generasen más empleos. Se liberalizaron también los servicios, especialmente de transporte en sus diferentes modalidades.

Paralelamente, a fin de favorecer la inversión privada, se puso en marcha la desregulación en materia laboral. Así se aprecia de las legislaciones de Chile, Panamá, Ecuador, Perú, Colombia y, con diversas modalidades, de Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela. La nueva política tuvo dos frentes: por un lado, se disminuyeron los beneficios laborales e instauró los denominados «contratos basura», (por tener nulos o escasos derechos, con una precarización de la relación de trabajo), la expulsión o cesión ilícita de trabajadores, para impedir que accedieran a mejores beneficios, a través de mecanismos como la tercerización, subcontratación, creación de falsas cooperativas, utilización inapropiada de ellas, empresas unipersonales, etc. El segundo frente fue la privatización de los regímenes de pensiones que se produjo en doce países latinoamericanos – Chile, Argentina, Colombia, Uruguay, México, Bolivia, El Salvador, Perú, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua y República Dominicana –, aunque no llegó a implementarse en todos ellos⁴⁸.

En medio de este agitado panorama socio laboral, fue adoptado el 10 de marzo de 1996, el Protocolo de Trujillo (Perú), que entró en vigor el 30 de diciembre de 1997. Este instrumento tiene particular importancia porque crea la Comunidad Andina de Naciones y el Sistema Andino de Integración, más conocido como el SAI y saca del estancamiento el

⁴⁷ Cfr. Comunidad Andina de Naciones (2012). Portal institucional Obtenido, 2013, de <http://www.comunidadandina.org>

⁴⁸ Cfr. O Ermida Uriarte, *La política laboral de los gobiernos progresistas*, 2007, p. 211. Obtenido en www.nuso.org

proceso de integración que, desde entonces, se ha fortalecido en sus instituciones y en su actividad.

El nuevo modelo económico, si bien permitió el crecimiento del comercio y el aumento de riqueza, no solucionó los problemas de pobreza y de desarrollo humano integral. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha declarado que las reformas para flexibilizar la contratación laboral no consiguieron mejorar el nivel de empleo⁴⁹. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) acuñó el término de «trabajo decente» en 1999, a fin de superar el simple dato cuantitativo, centrado en la creación de cualquier tipo de empleo, sin tener en cuenta su calidad. También desde la Organización de las Naciones Unidas (ONU), su secretario general adjunto José Antonio Ocampo, criticó en una conferencia dictada en Ginebra a fines de 2006, las políticas económicas implementadas en América Latina, precisamente por marginar las políticas sociales y laborales⁵⁰. No se puede negar que el desarrollo para ser calificado como tal “necesita ser ante todo auténtico e integral. El salir del atraso económico, algo en sí mismo positivo, no soluciona la problemática compleja de la promoción del hombre, ni en los países protagonistas de estos adelantos, ni en los países económicamente ya desarrollados, ni en los que todavía son pobres, los cuales pueden sufrir, además de antiguas formas de explotación, las consecuencias negativas que se derivan de un crecimiento marcado por desviaciones y desequilibrios”⁵¹.

A la vista de estos resultados es recién en el 2003, que se incorporó la vertiente social al proceso de integración y se dispone por mandato presidencial (Quirama, 2003) el establecimiento de un Plan Integrado de Desarrollo Social, que recuperase los objetivos primigenios del proceso de integración. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en reunión ampliada con la Comisión de la CAN en el año 2010, aprobó los principios que guían desde entonces el proceso de integración andino con una Agenda Estratégica para lograr un desarrollo conjunto. El año 2011 fue declarado el Año Andino de la Integración Social: se crearon Consejos, Mesas y Redes ciudadanas para lograr una mayor

⁴⁹ Cfr. O Ermida Uriarte, *La política laboral de los gobiernos progresistas*, cit.

⁵⁰ Cfr. O Ermida Uriarte, *La política laboral de los gobiernos progresistas*, cit.

⁵¹ Benedicto XVI *Caritas in veritate* Ubicado en http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_sp.html, 2009, n. 23.

conciencia y participación cívica. Y se diseñaron dos rutas para lograrlo: el de la Estrategia Andina de Cohesión Económica y Social que es una propuesta para la igualdad; y el trabajo por lograr los Objetivos Andinos de Desarrollo Social (OANDES) para el 2019 (año del cincuentenario de la CAN), que recogen y complementan los del Desarrollo del Milenio propuestos por la ONU para el 2015⁵².

Coherente con las políticas económicas nacionales, los órganos de gobierno de la CAN no han establecido un código laboral uniforme ni promulgado normas de contenido social específico. Es significativo que desde 1983 existan los Consejos Consultivos Laboral y Empresarial, que deberían emitir informes ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General, pero su función sea, hasta la fecha, más bien ornamental.

El verdadero soporte de los derechos sociales en la CAN, al igual que ocurre en MERCOSUR⁵³, lo han constituido los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y los convenios internacionales de trabajo de la OIT, ratificados por los países miembros. Lo que ha permitido la reafirmación del compromiso social ha sido la magistratura ordinaria y la constitucional porque mientras que el Poder Ejecutivo desarticulaba el Derecho del Trabajo, los Tribunales Constitucionales elaboraron una doctrina jurisprudencial que cambió nuevamente el marco jurídico. A partir de la aplicación directa de los derechos laborales “previstos en las constituciones y en las normas internacionales (especialmente en los pactos y las declaraciones de derechos humanos), el Tribunal Constitucional de Colombia y el de Perú, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica y la Corte Suprema y algunos tribunales de apelaciones de Argentina han restablecido derechos que habían sido eliminados o disminuidos por leyes ordinarias. En otras palabras, estos tribunales «desaplican» la ley desreguladora o flexibilizadora y aplican directamente la norma

⁵² Los Objetivos de Desarrollo del Milenio, también conocidos como Objetivos del Milenio (ODM), son los ocho indicadores de desarrollo humano fijados en el año 2000, que los 189 países miembros de las Naciones Unidas acordaron conseguir para el año 2015. Los ODM son: 1: Erradicar la pobreza extrema y el hambre. 2: Lograr la enseñanza primaria universal. 3: Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer. 4: Reducir la mortalidad infantil. 5: Mejorar la salud materna. 6: Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades. 7: Garantizar el sustento del medio ambiente. 8: Fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

⁵³ Cfr. O Ermida Uriarte, *Instituciones y relaciones laborales del MERCOSUR.*, VIII, 1997, 183-198 Obtenido en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501997000200012&script=sci_arttext

constitucional o internacional más favorable. Lo mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁵⁴.

A la vez, no puede silenciarse el compromiso que han adquirido los Estados miembros al firmar la Carta Andina para la protección y promoción de los derechos humanos hace poco más de un decenio⁵⁵. En ella se declara que “todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados y que, en consecuencia, debe prestarse igual y decidida atención a la aplicación, promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo” (art. 3°).

La Carta, en la parte V identifica los siguientes derechos económicos, sociales y culturales⁵⁶:

- A tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.
- A gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.
- A fundar y afiliarse a sindicatos, y gozar de otros derechos laborales.
- A la seguridad social.
- A la protección y asistencia asequibles a la familia.
- A un nivel de vida adecuado para el individuo y las familias, incluidos los derechos a la alimentación, el vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de las condiciones de existencia.
- Al más alto nivel posible de salud física y mental.
- A la educación.
- A la cultura y a gozar de los beneficios del progreso científico y la producción intelectual.

El catalizador que permite que esta enumeración no se quede en un formalismo es haber establecido como instrumento para construir la identidad andina, la aplicación del principio de no discriminación, que asegura a los trabajadores migrantes y a las empresas, gozar de los mismos derechos que los nacionales en cada uno de los países miembros de la CAN. En el último apartado de esta investigación desarrollaremos el alcance de este principio y su importancia para lograr una efectiva integración y un desarrollo humano sostenible.

⁵⁴ O Ermida Uriarte, *La política laboral de los gobiernos progresistas*, 2007, p. 211. Obtenido en www.nuso.org

⁵⁵ Firmada en Guayaquil el 26 de julio de 2002 por los cinco presidentes de la CAN.

⁵⁶ Cfr. Anexo II, arts. 22 a 27.

Llegados a este punto es necesario referirnos a los derechos de tercera generación, previstos tanto en los instrumentos de la CAN como en los de la UE.

5. — Los derechos de tercera generación en la CAN y en la UE.

La UE y la CAN reconocen la tercera generación de derechos, pero utilizan una terminología distinta para referirse a ellos. En la UE se les denominan derechos de solidaridad y en la CAN, de desarrollo. Sin embargo, en ambos casos tienen como valor de referencia la solidaridad y comparten el universalismo ético, la protección social y la conciencia ecológica, que los convierte en inescindibles respecto a los derechos civiles y a los sociales⁵⁷.

Esta conciencia social se desarrolla mientras somos testigos de que “el crecimiento económico ya no tiene relación directa con los grupos humanos. La producción es producción para el lucro, producción para el mercado: ya no es producción para cubrir las necesidades una comunidad que se organiza con el propósito de generar los recursos que realmente le hacen falta”⁵⁸.

En América del Sur y en Europa el valor de la persona, de su actividad y de sus bienes tiende a ser reducida a la dimensión económica, y, en esa misma medida, se le despoja de su valor intrínseco, convirtiéndolo, más bien, en referencial respecto a su capacidad de crear riqueza. Las consecuencias de esta visión es debilitar los mecanismos de protección social para facilitar la producción de riqueza. De este modo, “el mercado ha estimulado nuevas formas de competencia entre los estados con el fin de atraer centros productivos de empresas extranjeras, adoptando diversas medidas, como una fiscalidad favorable y la falta de reglamentación del mundo del trabajo. Estos procesos han llevado a la reducción de la red de seguridad social a cambio de la búsqueda de mayores ventajas competitivas en el mercado global, con grave peligro para los derechos de los trabajadores, para los derechos fundamentales del hombre y para la solidaridad en las tradicionales formas del Estado social”⁵⁹. Inclusive, se ha denunciado que la globalización es “un proyecto histórico-social que opera según un núcleo ideológico introducido en la esfera internacional por los habitantes de las

⁵⁷ Cfr. E. Vidal, *Los derechos de tercera generación*, cit., p. 123.

⁵⁸ A. Llano Cifuentes, *Humanismo cívico*, 1999, Barcelona, p. 124.

⁵⁹ Benedicto XVI *Caritas in veritate* Ubicado en http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-vi_enc_20090629_caritas-in-veritate_sp.html, 2009, p. 25.

áreas más ricas y desarrolladas, que resultan ser los únicos beneficiados por la mundialización de la economía”⁶⁰. No se trata de negarse al progreso pero sí de advertir que la calidad de vida no se puede medir sólo en términos del bienestar físico del individuo.

Probablemente, por estas razones, tanto el proceso de integración americano como el europeo han resaltado el objetivo de lograr el desarrollo social sin discriminaciones, en base a una convivencia pacífica y de solidaridad. Cito como ejemplo únicamente dos artículos de los respectivos instrumentos internacionales que son ilustrativos al respecto. Los países miembros de la CAN han declarado su compromiso para “contribuir a la construcción de un mundo solidario y respetuoso de la diversidad humana a partir de la promoción y protección de los derechos humanos, y en promover un desarrollo político, económico y social de sus países, que tenga como centro de referencia y fin último el bienestar del ser humano” (Preámbulo de la Carta Andina para la promoción y defensa de los derechos humanos). Por su parte los de la Unión Europea tienen como objetivo lograr el desarrollo sostenible de Europa, y combatir “la marginación social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros” (Constitución para Europa, Parte I, art. I.3.3).

La Carta de los derechos fundamentales de la Unión, se encuentra en la segunda parte del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa y se divide en cinco títulos: Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía y Justicia. El de Solidaridad recoge los siguientes derechos:

- Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa;
- Derecho de negociación y de acción colectiva,
- Derecho de acceso a los servicios de colocación;
- Protección en caso de despido injustificado;
- Condiciones de trabajo justas y equitativas;
- Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo;
- Vida familiar y vida profesional (medidas de conciliación);
- Seguridad social y ayuda social;

⁶⁰ A. Llano Cifuentes, *Humanismo cívico*, cit., p. 124.

- Acceso a los servicios de interés económico general;
- Protección del medio ambiente;
- Protección de los consumidores.

De los once derechos que conforman esta enumeración, ocho de ellos se refieren a los trabajadores y sólo tres a los ciudadanos en general. En principio podría pensarse que siguen siendo derechos de segunda generación pero, tal como lo advierte la doctrina se trata de derechos de tercera generación, que son complementarios de los anteriores y “se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada “contaminación de las libertades” (liberties’ pollution), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías”⁶¹. Se debe concordar este capítulo con el anterior, denominado de Igualdad, en el que los países signatarios reafirman el compromiso por la no discriminación, el respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad entre hombre y mujeres, así como el respeto a los derechos de los menores, de las personas mayores y las discapacitadas.

Por su parte, la Carta Andina de la CAN bajo el título de Derecho al desarrollo consiga, entre otros, los siguientes en el art. 29:

- Mejorar progresivamente el bienestar social de la población andina, sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y con miras a la equitativa distribución de los beneficios de éste.
- La acción nacional y cooperación regional para eliminar los obstáculos al desarrollo y la lucha contra la pobreza, la pobreza extrema y la inequidad
- Lograr que: (a) Los organismos financieros internacionales y los países deudores contemplen mecanismos efectivos de alivio del servicio de la deuda externa, cuando así lo requiera la situación del país concernido y (b) Los países acreedores y deudores conciertan entendimientos para atender los impactos negativos que en determinadas circunstancias pudiera derivarse del servicio de la deuda externa en el derecho al desarrollo.

⁶¹ A. E. Pérez Luño, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, 2002, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 95.

- La importancia de la preservación y protección del medio ambiente y de su utilización adecuada como factor de desarrollo sostenible, especialmente en lo relativo a la vinculación deuda externa-medio ambiente.

Y, a continuación reafirman el compromiso de lograr la consolidación de la unidad nacional de cada país sobre la base de la diversidad de sus sociedades y de promover programas a favor de la interculturalidad, entendida ésta como la preservación y desarrollo de las identidades ancestrales de pueblos indígenas y comunidades de afrodescendientes. Asimismo, califican como grupos que merecen especial protección los formados por mujeres, niñas, niños y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidades, los migrantes y sus familias, personas con diversa orientación sexual, desplazados internos personas privadas de la libertad, así como los refugiados y apátridas (arts. 42 a 59).

En paralelo a esta tercera generación de derechos el poder político surge ya no sólo como un Estado de derecho y social, sino también, constitucional. Recibe este calificativo por que “consagra la primacía de la constitución, la reserva de la constitución y el protagonismo de la jurisdicción constitucional” y constituye “el marco jurídico-político de reconocimiento y garantía de los derechos de la tercera generación”⁶². La razón de esta conectividad es que nos encontramos ante un nuevo pacto social orientado a garantizar la defensa de la paz, la protección de la calidad de vida y el medio ambiente y la libertad informática, que son fundamentales para una sociedad auténticamente democrática⁶³. Se puede concluir, entonces, que las distintas formas de Estado de derecho no han sido el resultado de elaboraciones doctrinales sino “la respuesta histórica a determinados problemas y demandas de la sociedad política. Los derechos humanos, en su dimensión de aspiraciones y necesidades básicas, representan, en definitiva, el horizonte teleológico de valores que los tres tipos históricos de Estado de derecho se han propuesta garantizar”⁶⁴.

Esta visión de los derechos y de la acción que compete a los poderes públicos se ha plasmado en los acuerdos de integración, en los que los países signatarios se comprometen a

⁶² A. E. Pérez Luño, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, cit. p. 97.

⁶³ Cfr. A. E. Pérez Luño, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, cit., p. 98, y ver también la relación de juristas que apoyan esta tesis.

⁶⁴ A. E. Pérez Luño, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, 2002, Bogotá, pp. 97-98.

proteger y promover las tres generaciones de derechos, con un fuerte acento en los derechos humanos fundamentales y en unos principios hermenéuticos comunes: respeto a la dignidad, igualdad, no discriminación y tolerancia.

Podemos concluir este apartado poniendo de manifiesto que los derechos de tercera generación comparten con los derechos sociales la característica de tener una titularidad colectiva, porque afectan intereses o bienes que son patrimonio de todos, de modo que a todos compete su tutela y el ejercicio de su defensa. Asimismo, presuponen un ethos solidario-redistributivo, porque sólo mediante un esfuerzo solidario de sinergia, de cooperación y sacrificio de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida y a la libertad informática⁶⁵. Lo decisivo no es ya ni el mercado ni el Estado, sino la responsabilidad personal y social, donde la solidaridad se opone a una concepción voluntarista e individualista y defiende los derechos de los que no son actualmente conscientes y libres, como es el caso de los niños y de las futuras generaciones⁶⁶.

6. — Los cánones de interpretación y aplicación de los derechos sociales y de solidaridad en los procesos de integración.

Como ya hemos comentado, existen cuatro principios basilares que deben informar la interpretación y la aplicación de los derechos individuales en los procesos de integración para lograr el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y promover el desarrollo humano en relaciones de paz y solidaridad. Ellos son los de respeto a la dignidad, igualdad y no discriminación y tolerancia. Desarrollaremos a continuación, brevemente, cada uno de ellos.

6.1 – Respeto a la dignidad humana.

La centralidad del respeto a la dignidad para lograr un proyecto común de desarrollo social y económico exige definir qué se entiende por dignidad y qué consecuencias tiene este deber de respeto en las relaciones humanas. La definición de la dignidad y de los derechos

⁶⁵ Cfr. E. Vidal, *Los derechos de tercera generación*, en José Justo Megías Quirós (Coord.), *Manual de derechos humanos*, 2006, Elcano (Navarra), p. 123 quien comparte la tesis de Pérez Luño, Antonio-Enrique.

⁶⁶ Cfr. Ballesteros, *Ecologismo personalista*, Madrid, 1995, pp. 86-87.

inherentes a la naturaleza humana deben realizarse, tal como los firmantes del Tratado de la Constitución Europea y los de la Carta Andina la Promoción y Protección de los Derechos Humanos han precisado, a la luz de la herencia cultural de los países miembros, que es la que les confiere raíces axiológicas comunes dentro de la diversidad de los pueblos que forman los bloques de integración europea y americana.

Afirmar la dignidad de la persona implica un juicio sobre el valor del modo de ser y de actuar del ser humano. Se ha afirmado que no existe “prácticamente ningún otro concepto jurídico que sea tan difícil de aprehender, desde un punto de vista jurídico, como el de la dignidad humana”⁶⁷. La dificultad procede de su carácter axiomático⁶⁸, que hace referencia a una cualidad indefinible y simple del ser humano⁶⁹, cuyo modo de ser es particularmente elevado o intenso por su capacidad de obrar libre y racionalmente.

La inteligencia es una potencia no sujeta necesariamente a los procesos de la naturaleza física, que permite elegir la conducta a seguir para satisfacer las necesidades, superando el recurso a la violencia, propio de los seres inferiores. Alcanzar esa madurez humana exige una educación ya que “aunque nacemos hombres, tenemos que aprender a ser humanos”⁷⁰. La racionalidad y la libertad son características del obrar humano y una manifestación de su dignidad, pero no el índice que permite diferenciar entre individuos con o sin dignidad⁷¹. Ya que, de aceptar este baremo, la dignidad humana dejaría de ser un atributo que pertenece a todos los individuos de la familia humana y se abriría la puerta a una

⁶⁷ STIX-HACKL, “Conclusiones de la Abogado General en el asunto C-36/02”, ap. 74. En el mismo sentido Benda concluye que “quien quiera definir qué es la dignidad no puede por menos de referirse a aquello que distingue la naturaleza específica del hombre”. (E. Benda, *Dignidad humana y derechos de la personalidad* (Antonio López Pina, Trans.) *Manual de Derecho Constitucional* (2a ed., pp. 117-144), Madrid, 2001 p. 124.

⁶⁸ “Un axioma, una *dignitas* no es definible, no es demostrable (..) es más bien el principio de la demostración”, A. M. González, *Naturaleza y dignidad*, 1996, Pamplona, p. 45. Sobre el carácter axiomático de la dignidad, ver también J. Hervada, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho* (2a ed.), 1995, Pamplona, p. 449.

⁶⁹ Cfr. R. Spaemann, *Sobre el concepto de dignidad humana*, en *Persona y Derecho*(19), 1988, p. 16.

⁷⁰ A. M. González, *La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, 2004, Pamplona, p. 39.

⁷¹ “Caracterizar la dignidad humana en términos de autonomía no pasa de ser una verdad o un error filosóficos si no pretender constituirse, a la vez, en criterio para determinar quién es un ser humano y quién no lo es, es decir, en criterio para el reconocimiento de la humanidad y de los derechos”. P. Serna Bermúdez, *El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo*, en C.I. Massini y P. Serna (Ed.), en *El derecho a la vida*, 1998, Pamplona, pp. 44.

discriminación incompatible con el hecho de que los seres humanos nacemos libres e iguales, que es un principio del que parten los procesos de integración.

Hay unanimidad en la doctrina para reconocer que el concepto de dignidad de la persona se origina en una visión trascendente de la vida, más en concreto, en el cristianismo que enseña que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios⁷². Es una idea metafísico-religiosa⁷³, originada en la teología católica que profundizó en el concepto de persona en Dios y en el ser humano, en cuanto creado a su imagen y semejanza⁷⁴. Y es precisamente la densidad de la presencia divina lo que separa y divide lo sagrado de lo profano, imprimiéndole un cierto matiz de excepción y, sobre todo, de respeto⁷⁵, que lo convierte en una res sacra⁷⁶, solidariamente unido a los demás miembros de su especie, por la común vocación originaria. Por eso puede afirmarse que la dignidad del ser humano es “un trasunto de la dignidad de su origen”⁷⁷.

Para delimitar el contenido de la dignidad humana, y en consecuencia, aquellos derechos que son irrenunciables, es necesario realizar un juicio moral, que remite a una antropología, a una concepción del hombre⁷⁸. Y, en este caso, precisamente por tratarse de

⁷² E. Benda, *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, A. López Pina (Trans.), *Manual de Derecho Constitucional* (2a ed.), Madrid, 2001, p. 117.

⁷³ Cfr. R. Spaemann, *Sobre el concepto de dignidad humana*, en *Persona y Derecho*(19), 1988, p. 33. Ver también P. Serna Bermúdez, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, 1990, Pamplona, p. 373.

⁷⁴ “La traducción de que el hombre es imagen de Dios a la idea de una igual dignidad de todos los hombres que hay que respetar incondicionalmente es una de esas traducciones salvadoras (que salvan el contenido religioso traduciéndolo a filosofía). Es una de esas traducciones que, allende los límites de una determinada comunidad religiosa, abre el contenido de los conceptos bíblicos al público universal de quienes profesan otras creencias o de quienes simplemente no son creyentes”, J. Habermas, *Las bases morales prepolíticas del Estado liberal*, conferencia pronunciada en *Tarde de discusión*, 2004, Munich.

⁷⁵ Cfr. J. Pieper, *¿Qué significa “sagrado”? Un intento de clarificación*, 1990, Madrid, p. 21. En la fe cristiana reconocer “la imagen de Dios” en los demás exige, por tanto, promover una vida acorde con esa dignidad, que sólo se consigue en base al “respeto de los derechos y de las necesidades de todos, especialmente de los pobres, los marginados y los indefensos”. (Benedicto XVI, *Deus caritas est*, Madrid, 2006. n. 30)

⁷⁶ Cfr. P. Serna Bermúdez, *El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo*, cit., p. 67.

⁷⁷ A. Millán Puelles, *Sobre el hombre y la sociedad*, 1976, Madrid, p. 101. Precisa este autor, que “la dignidad de la persona humana, justo por ser radicalmente teocéntrica, es, también de una manera radical, exigencia de libertad. Lo que el propio origen trascendente de la facticidad del libre albedrío humano ha querido al querer este libre albedrío es que en efecto sea libre. La misma facticidad de la libertad humana es “voluntad de Dios”, y, por ende, no una falsa voluntad, ni tampoco una mera veleidat que juega consigo misma. (...) La libertad fundante que dialoga con la libertad fundada no es un «genio maligno», que me engañe con la falsa apariencia de mi libertad. La posibilidad del ateísmo es la imposibilidad de tal engaño. El ateo testifica, a su manera, la sinceridad de la volición divina del libre albedrío humano”.

⁷⁸ Cfr. A. Ollero, *Derecho a la verdad: valores para una sociedad pluralista*, 2005, Pamplona, p. 59.

una cuestión jurídica de máxima importancia para la vida social es necesario realizar una opción moral, aún cuando la Moral y el Derecho no se identifiquen⁷⁹. Lo cual a su vez, remite a la importancia de las religiones en la construcción del ethos social. En armonía con la tradición cultural y espiritual de los países que forman los bloques de integración de la Unión Europea y de la Comunidad Andina deben realizar esa opción en base a sus raíces cristianas, que proclaman la igual dignidad y el deber de normar la convivencia civil por la justicia y la solidaridad.

6.2. – Igualdad y no discriminación.

La obligación de no discriminación es distinta al derecho de igual tratamiento ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación⁸⁰. Ahora precisamos que también son complementarias: el reconocimiento de la igualdad es el fundamento del trato no discriminatorio. Más aún, la igualdad de las personas incluye: a) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda justificar con criterios razonables y objetivos; y b) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva. Consecuentemente, “el derecho a la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es decir, no todo trato desigual constituye una discriminación constitucionalmente prohibida, sino sólo aquella que no está razonablemente justificada”⁸¹. Por tanto, la correcta aplicación del Derecho exige dar a cada quien lo que le corresponde. Por tanto, no equivale a uniformizar sino a discriminar adecuadamente con criterios de proporcionalidad⁸². De allí que la igualdad – exigida por la justicia – imponga tratar “igual a los iguales” y “desigual a los desiguales”.

Hemos demostrado que los derechos sociales se ordenan a lograr la igualdad material, que no implica un igualitarismo⁸³. Este criterio debe también aplicarse a las relaciones entre

⁷⁹ “La moral pretende hacer al hombre lo más perfecto posible; por tanto es maximalista en sus exigencias. El derecho se conforma con que los hombres convivan humanamente”, A. Ollero, *Derecho a la verdad: valores para una sociedad pluralista*, cit., p.28.

⁸⁰ Cfr. Apartado 1 ut supra.

⁸¹ Exp. 05652-2007-PA/TC, f.j. 19.

⁸² “Lo justo es tratar a todos por igual en lo que son iguales y de modo diferente – pero *proporcional*, esta es la clave- en lo que son diferentes J. Hervada, J. Andrés Muñoz, *Guía de los estudios universitarios. Derecho*, Pamplona, 1984, p. 146.

⁸³ Cfr. n. 2 ut supra.

los distintos individuos y en particular en las relaciones entre varón y mujer porque “si la mujer cumple con una función natural propia – la de la maternidad-, que exigen la guarda y custodia de la vida, a la que le corresponde una constitución biológica y un ritmo de vida y trabajo, distintos a los del varón, es consecuente que el Ordenamiento jurídico refleje estas diferencias naturales en orden a lograr un trato justo”⁸⁴.

Se trata de promover los derechos de la mujer evitando un mimetismo con respecto al varón, que reduciría a la mujer a una mera copia de éste. Por el contrario, interesa que la antropología y las demás ciencias sociales, incluyendo al Derecho, respeten y fomenten la diversidad de la tipología femenina y masculina. Sólo cuando se acepte – en la práctica – que “la mujer es capaz de colaborar con el hombre, por ser su correspondencia perfecta” y que “la mujer es otro tipo de “yo” en una humanidad común, constituida en perfecta igualdad de dignidad por el hombre y la mujer”⁸⁵, la promoción de los derechos de la mujer tendrá un fundamento sólido, basado en auténticas relaciones de justicia.

El respeto a esta igualdad fundamental preservará el “genio femenino”, que se ha sintetizado como “la capacidad para acoger, para atender al hombre, para generar la vida”⁸⁶, que hace más humanas y cálidas las relaciones interpersonales dentro del hogar y en las demás esferas de la vida social. Igualdad en lo fundamental y equidad en la diversidad: ésta puede ser la síntesis de la regulación jurídica respecto a los derechos de la mujer en la familia y en el trabajo.

Finalmente, ante la situación de discriminación histórica en perjuicio de la mujer se acepta que los Estados puedan “aplicar medidas positivas de carácter correctivo mientras persistan las desigualdades”⁸⁷. En esta línea se considera que es deber del Estado ser el promotor de la igualdad sustancial entre los individuos mediante “acciones positivas” o “de

⁸⁴ L. Pacheco Zerga, *La protección de la mujer trabajadora en el Ordenamiento peruano*, en *Gaceta Jurídica*(120), 2003, p. 19.

⁸⁵ Juan Pablo II (1999, 15.IX.12). Compromiso por la promoción de la mujer. *Audiencia general, 24 de noviembre de 1999* Obtenido el 30.I., 2012, de http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/audiencias/1999/documents/hf_jp-ii_aud_24111999_sp.html
JUAN PABLO II, (1999, 6.VIII) *El esplendor de la verdad*, Carta encíclica. Obtenida el 30.VI.12 de http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_06081993_veritatis-splendor_sp.html

⁸⁶ Juan Pablo II (1999, 15.IX.12). Compromiso por la promoción de la mujer. *Audiencia general, 24 de noviembre de 1999* Obtenido el 30.I., 2012, cit.

⁸⁷ CEDM, art. 4°.

discriminación inversa”. Esta acción estatal debe ser prudentemente ejercida a fin de no incurrir en nuevas discriminaciones, como sería preferir la contratación de una persona en un puesto no por su capacidad para realizar el servicio o la obra que se requiera, sino por factores sociológicos al margen de las prestaciones conmutativas a las que se obligan las partes del contrato de trabajo. Por eso, las cuotas de preferencia para el empleo femenino son cuestionables cuando establecen una preferencia sólo por razones históricas, sin tener en cuenta la calificación de la candidata. Cuestión distinta es, si en igualdad de méritos entre varones y mujeres, se prefiere a estas últimas a fin de corregir la discriminación histórica. Lo contrario – elegir a una mujer sólo por el hecho de serlo, aún cuando tenga menor preparación o méritos que un varón – crea una nueva discriminación injusta, que será origen de futuros antagonismos. En cambio, cuando la diversidad de trato obedece a razones de equidad es factible lograr la justicia y con ella el desarrollo y la paz social.

6.3 – *Tolerancia.*

La democracia y la tolerancia deberían ser dos caras de la misma moneda, pero no siempre es así. La historia enseña lo que ocurre cuando las instituciones democráticas se reducen a los aspectos formales: se les priva de su auténtico sentido y se convierten en intolerantes y vejatorias de los derechos de los más débiles. Uno de los ejemplos más patéticos es el Hitler, que llegó al poder democráticamente y fueron el Parlamento y los organismos del Estado los que ejecutaron unas leyes promulgadas en nombre de la democracia. Esa experiencia del siglo pasado, y otras más recientes, confirman que cuando la verdad sobre el ser humano es sustituida por un consenso que niega la existencia de una realidad anterior a la norma positiva, que es la que funda el orden jurídico y la dignidad de la persona, se da carta de ciudadanía a un individualismo que proyecta “órbitas de arbitrariedad”, poco respetuosas de lo auténticamente humano⁸⁸. De allí la importancia de precisar el contenido de la tolerancia para lograr una verdadera integración social.

La tolerancia hace referencia a situaciones de excepción, como puede ser la objeción de conciencia, pero no a la promoción de derechos. En sentido estricto, el mal y el error se

⁸⁸ A. Ollero, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, 1989, p. 199.

toleran, mientras que el bien y la verdad, requieren una adhesión personal⁸⁹. Por eso, dentro del dualismo teórico verdad-error, la tolerancia supone “dejar en suspenso una exigencia ética que se considera objetivamente razonable, en razón de la dignidad subjetiva del discrepante al que no duda en considerar errado”⁹⁰.

Por tanto, en temas de derechos humanos no cabe hablar de tolerancia sino de justicia: de dar a cada quien lo suyo. Dar lo suyo a los demás equivale a reconocer que el otro aspira y tiene derechos a los mismos bienes a los que aspiro yo, bienes que no se fijan arbitrariamente, sino que responden a una naturaleza determinada⁹¹.

La intolerancia, en cambio, lleva a adoptar actitudes dogmáticas y fundamentalistas, en nombre de una ideología científica o religiosa, por las que se imponen a los demás los conceptos de verdad y bien, así como su proyección práctica en la vida social. Lo cual es distinto a tener convicciones, que son fundamentales para defender la democracia y progresar en la protección de los derechos humanos. A la vez, el convencimiento de la verdad de esas convicciones no puede llevar a imponerlas por la fuerza, sino a exponerlas, para que el esplendor de esas verdades penetre la conciencia de los individuos y configure así una sociedad auténticamente plural y solidaria.⁹²

En definitiva, todos tenemos convicciones, pero no se puede tener convicciones y, a la vez, negar a los demás el derecho a tenerlas, porque equivaldría a negar la igual dignidad. Tener convicciones no es señal de intolerancia sino de compromiso personal con la verdad⁹³,

⁸⁹ Un estudio en profundidad del tema en F. Ocáriz, *Delimitación del concepto de tolerancia*, en *Scripta Tehologica*(27), 1995, p. 865-884.

⁹⁰ A. Ollero, *Tolerancia y verdad*, en *Scripta Tehologica*(27), 1995, p. 897.

⁹¹ Sobre los equívocos de la “falacia naturalista” y de la congruencia de poder deducir el *deber ser*, a partir de la experiencia de las necesidades humanas ver, por todos, (Pérez Luño, 2005, pp. 183-184.)

⁹² Uno de los más influyentes filósofos contemporáneos, ha afirmado que “la comprensión de la tolerancia por parte de las sociedades pluralistas articuladas por una constitución liberal, no solamente exige de los creyentes que en el trato con los no creyentes y con los que creen de otra manera se hagan a la evidencia de que razonablemente habrán de contar con la persistencia indefinida de un disenso: sino que por el otro lado, en el marco de una cultura política liberal también se exige de los no creyentes que se hagan asimismo a esa evidencia en el trato con los creyentes”, J. Habermas, *Las bases morales prepolíticas del Estado liberal*, conferencia presentada en *Tarde de discusión*, 2004, Munich.

⁹³ “Todos valoramos, pero los relativistas occidentales enseguida ponen su valoraciones entre paréntesis. Y lo que permanece fuera del paréntesis es precisamente el relativismo, que confunden con la tolerancia y mediante este truco lo proclaman como valor supremo. Pero dado que al que tiene determinadas convicciones (...) se le considera intolerante y puesto que con la intolerancia no parece haber tolerancia, el postulado de tolerancia se anula a si mismo. Sólo es válido en un contexto relativista”, R. Spaemann, *Comunidad de valores u orden jurídico*, en *Europa: ¿Comunidad de valores u ordenamiento jurídico?*, 2004, Madrid, p. 27.

que lleva, precisamente, a tolerar el error por respeto a la dignidad del equivocado. En cambio, elevar la tolerancia a valor supremo, sustituyéndola por el compromiso con la verdad y con el de las convicciones personales, desemboca en el dogma intolerante del relativismo, que pone a la sociedad por debajo de los mínimos exigidos para una convivencia propiamente humana⁹⁴.

Un ejemplo de cómo la invocación al respeto a la dignidad puede hacer perder de vista los derechos auténticamente humanos es la pretensión de establecer el derecho a morir, inclusive cuando no le sea posible al interesado quitarse la vida por estar privado de fuerzas para hacerlo. En estos casos, se dice, existiría el deber de quitársela, por respeto a la dignidad. Analizar este supuesto exige tratar cuestiones metajurídicas, pero que son las que estructuran y fundamentan el derecho, como es el sentido de la vida y del dolor. El dolor es una realidad misteriosa que el sentido trascendente de la vida, desde una perspectiva cristiana permite enriquecer a quien lo sufre, además de estrechar los lazos de afecto y solidaridad que mueven a aliviar los sufrimientos ajenos, a ayudar al enfermo a encontrar el sentido y la utilidad de su propia vida y no a suprimirla. Por el contrario, tergiversar el sentido de la piedad al punto de que sea un justificante para privar a otro ser humano de la vida, como si fuéramos dueños de ella, lleva a la descomposición social pues la naturaleza y la relación entre las personas ha dejado de tener un rostro legible y normativo para la convivencia humana.

7. — Conclusiones.

-El crecimiento económico por sí solo no se traduce automáticamente en el progreso del desarrollo humano. Son necesarias políticas a favor de los pobres e inversiones significativas en las capacidades de las personas (mediante un enfoque en educación, nutrición, salud y habilidades de empleo) para así poder expandir el acceso al trabajo digno y brindar un progreso sostenido a las naciones.

⁹⁴ “El derecho no es sólo un dique infranqueable sino cauce para el tráfico social. El juego del derecho obliga a trazar fronteras concéntricas (lo inconstitucional, lo punible, lo legalmente sancionado) cuya delimitación va acompañada de inevitables juicios éticos sin neutralidad posible”, A. Ollero, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, 1991, Madrid, p. 105.

-Los derechos humanos son exigencias de justicia que devienen de las necesidades y de los bienes propios de la dignidad de los seres humanos. No son simples preferencias ni elecciones arbitrarias sino conductas necesarias que responden a la naturaleza y al modo de ser propio de seres dotados de potencias físicas y espirituales. Son verdaderos derechos, porque responden a un ajustamiento de la conducta que tiene en cuenta las exigencias de los otros, de acuerdo con un criterio de reciprocidad por la igual dignidad.

-Los derechos humanos de primera generación son los civiles y políticos reconocidos a las élites del Antiguo Régimen, que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), pretendió extender a todos los ciudadanos. Se denomina liberales y tienen como prototipo al sujeto varón, propietario y burgués, que excluye de su goce a quienes por su condición física (mujeres, niños, ancianos), por su condición social, o por su posición social de vulnerabilidad y fragilidad (no ser noble, ni pertenecer a la burguesía, al clero o al ejército) no poseen la titularidad, el ejercicio y el goce de dichos derechos.

-El Estado liberal centró su actividad en garantizar las esferas de libertad de sus ciudadanos con el menor intervencionismo posible. El derecho que se toma como modelo o patrón es el de la propiedad, de tal modo que el uso y disfrute se hace como si se fuese propietario y sin tener que dar cuenta a los demás. Rigen los principios de dejar hacer para el Estado y de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre particulares.

-Los derechos de primera generación se caracterizan porque: a) son de titularidad individual y de carácter absoluto, ya que se predicen del ser humano en abstracto, sin tener en cuenta sus circunstancias concretas y reales. b) son derechos de autonomía porque establecen límites a la actuación estatal en una doble vertiente: del Estado hacia el particular y del Estado en las relaciones entre los particulares. c) Su fundamento es la libertad en su vertiente negativa (ausencia de obligaciones) y positiva (participación en determinados ámbitos sociales y políticos), pero con particular énfasis en el primer aspecto. d) No implica mayores gastos para el Estado, pues no se trata de promocionar los derechos sino de permitir que se ejerzan.

-Después de la Segunda Guerra Mundial se supera el agnosticismo axiológico y el formalismo positivista y se impone al Estado realizar determinados fines materiales para contribuir a la reforma social, a una más justa distribución de la riqueza que logre la justicia social en la convivencia. El poder político se convierte en un Estado social de derecho, en el que se requiere su presencia activa y comprometida para corregir las desigualdades sociales y lograr una igualdad material y no sólo formal.

-Los derechos de segunda generación o sociales son de prestación y de participación. Tienen una doble función: limitan la autonomía del mercado, principalmente a través de la legislación laboral protectora de los trabajadores, y corrigen los resultados desigualitarios de la distribución de recursos que realiza el mercado, mediante un sistema de prestaciones y servicios públicos que deben garantizar las necesidades básicas. Los principales son: derecho al trabajo, a la familia, vivienda, salud, seguridad social y educación. No se agostan en un bienestar biológico sino que exigen las condiciones necesarias para alcanzar una vida plenamente humana, que comprende el desarrollo de las potencias espirituales

-Los derechos de tercera generación son complementarios de los anteriores y se presentan como una respuesta al fenómeno de la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías. Surgen, lo mismo que el Estado constitucional, por un nuevo pacto social orientado a garantizar la defensa de la paz, la protección de la calidad de vida y el medio ambiente, así como de la garantía de la libertad informática, que exigen el consenso de los ciudadanos y de los poderes públicos para que la sociedad sea auténticamente democrática. Se denominan de desarrollo en la CAN y de solidaridad en la UE.

-Se caracterizan por tener una titularidad colectiva porque afectan intereses o bienes que son patrimonio de todos, de modo que a todos compete su tutela y el ejercicio de su defensa. Presuponen un ethos solidario-redistributivo, porque sólo mediante un esfuerzo solidario de sinergia, de cooperación y sacrificio de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida y a la libertad informática. Lo decisivo no es ya ni el mercado ni el Estado, sino la responsabilidad personal y social, donde la

solidaridad se opone a una concepción voluntarista e individualista y defiende los derechos de los que no son actualmente conscientes y libres, como de los más débiles y de las futuras generaciones.

-Tanto los países de la CAN como los de la Unión Europea han hecho referencia explícita al deber de evitar cualquier forma de discriminación y de promover la tutela de grupos considerados más vulnerables, entre los que se cuentan: mujeres, niñas, niños y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidades, los migrantes y sus familias, personas con diversa orientación sexual, desplazados internos personas privadas de la libertad, así como los refugiados y apátridas.

-Existen cuatro principios basilares que deben informar la interpretación y la aplicación de los derechos individuales en los procesos de integración para lograr el pleno desarrollo de la personalidad humana, el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y la promoción del desarrollo humano en relaciones de paz y solidaridad. Ellos son los de respeto a la dignidad, igualdad y no discriminación y tolerancia.

-La definición de la dignidad y de los derechos inherentes a la naturaleza humana deben realizarse, tal como los firmantes del Tratado de la Constitución Europea y los de la Carta Andina la Promoción y Protección de los Derechos Humanos han precisado, a la luz de la herencia cultural de los países miembros, que es la que les confiere raíces axiológicas comunes dentro de la diversidad de los pueblos que forman los bloques de integración europea y americana.

-Afirmar la dignidad de la persona implica un juicio sobre el valor del modo de ser y de actuar del ser humano, cuyo modo de ser es particularmente elevado o intenso por su capacidad de obrar libre y racionalmente. La racionalidad y la libertad son características del obrar humano y una manifestación de su dignidad, pero no el índice que permite diferenciar entre individuos con o sin dignidad. Ya que, de aceptar este baremo, la dignidad humana dejaría de ser un atributo que pertenece a todos los individuos de la familia humana y se abriría la puerta a una discriminación

incompatible con el hecho de que los seres humanos nacemos libres e iguales, que es un principio del que parten los procesos de integración.

-Hay unanimidad en la doctrina para reconocer que el concepto de dignidad de la persona se origina en la visión trascendente de la vida propia del cristianismo, que enseña que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios. Es una idea metafísico-religiosa, originada en la Teología católica que profundizó en el concepto de persona en Dios y en el ser humano, en cuanto creado a su imagen y semejanza. Y es precisamente la densidad de la *presencia divina* lo que separa y divide lo sagrado de lo profano, imprimiéndole un cierto matiz de excepción y, sobre todo, de respeto, que lo convierte en una *res sacra*, solidariamente unido a los demás miembros de su especie, por la común vocación originaria. Por eso puede afirmarse que la dignidad del ser humano es un trasunto de la dignidad de su origen.

-La obligación de no discriminación es distinta al derecho de igual tratamiento ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación. La correcta aplicación del Derecho exige *dar a cada quien lo que le corresponde*. Por tanto, no equivale a *uniformizar* sino a *discriminar adecuadamente con criterios de proporcionalidad*. De allí que la igualdad – exigida por la justicia – imponga tratar “igual a los iguales” y “desigual a los desiguales”. En las relaciones varón y mujer ha de haber igualdad en lo fundamental y equidad en la diversidad: ésta puede ser la síntesis de la regulación jurídica respecto a los derechos de la mujer en la familia y en el trabajo.

-La tolerancia hace referencia a situaciones de excepción, como puede ser la objeción de conciencia, pero no a la promoción de derechos. En sentido estricto, el mal y el error se toleran, mientras que el bien y la verdad, requieren una adhesión personal. Por tanto, en temas de derechos humanos no cabe hablar de tolerancia sino de justicia: de dar a cada quien lo *suyo*. Dar lo *suyo* a los demás equivale a *reconocer que el otro aspira y tiene derechos a los mismos bienes a los que aspiro yo*, bienes que no se fijan arbitrariamente, sino que responden a una naturaleza determinada.

-La auténtica tolerancia exige tener convicciones, que no se imponen, sino que se exponen para que sea la fuerza de verdad de esas convicciones la que penetre la conciencia social de los individuos. Tener convicciones no es señal de intolerancia sino de compromiso personal con la verdad, que lleva, a tolerar el error, por respeto a la dignidad del equivocado. En cambio, cuando la tolerancia se eleva a valor supremo y se la sustituye por el compromiso con la verdad y con el de las convicciones personales, se incurre en el dogma intolerante del relativismo, que pone a la sociedad por debajo de los mínimos exigidos para una convivencia propiamente humana.