

SOBRE DERECHOS COLECTIVOS. DILEMAS, ENIGMAS, QUIMERAS.

Juan Antonio García Amado

Pocas cosas del oficio iusfilosófico resultan, al menos para quien suscribe, tan desazonadoras como comprobar la ligereza con que forjamos categorías y parimos entes. Tal parece que funcionara algún resorte mítico que nos hace pensar que todo cuanto se nombra existe por el mero hecho de nombrarlo. Y, para colmo, las modas, la dictadura de lo políticamente correcto y el gusto por quedar a tono con una supuesta y más que ficticia ortodoxia bienpensante nos llevan con demasiada frecuencia a prescindir del rigor para ganar el favor. Ya no es sólo que tenga difícil salida del purgatorio de la indiferencia gremial quien en este tiempo no aluda en sus escritos a cosas tales como globalización, minorías, principios, multiculturalismo, etc., cuestiones sobre las que, dicho sea de paso, también se puede teorizar con profundidad y prestancia (y algún ejemplo hay de ello), sino que, además, acostumbramos a ponernos esos temas por montera para embestir contra la más mínima precisión analítica o el simple sentido común. Por si fuera poco, en temas como el que nos ocupa a menudo no queda ni el consuelo de salvar la consistencia de muchos discursos traduciéndolos a estrategia política coherente, pues lo que uno suele toparse es un panorama de este calibre: desde posturas que se quieren progresistas y de pensamiento social avanzado se arranca del prejuicio de que lo bueno, conveniente y justo está ligado a lo grupal y antiguo. El progresista de antaño ha arriado la bandera de la universal revolución igualitaria y se reviste de los sayones de la tradición, expresando su añoranza de la aldea o su nostalgia del clan en cualquier exquisito foro de algún congreso mundial con el inglés como idioma oficial. Mas, al fin y al cabo, una paradoja más ya no puede sorprendernos, después de haber pasado por que quienes nos ilustraban sobre las virtudes de la familia o el correcto uso del sexo fueran célibes, o por que los que se querían vanguardia del proletariado fueran burgueses de libro. A qué escandalizarse, pues, de que sean como son y de donde son los actuales adalides de la supuesta arcadia indígena o comunitaria. Todos como el cuco, poniendo el huevo en nido ajeno.

Los anteriores asertos vienen a cuento del tema de los derechos colectivos y su tratamiento en la actuales filosofías del derecho y política. Pero en este breve trabajo no discutiré sino en la medida imprescindible con las doctrinas en uso a ese respecto, y más bien intentaré formular algunas modestas distinciones en mi opinión necesarias para que podamos saber de qué hablamos y qué nos jugamos cuando nos referimos a los derechos colectivos.

Cuando un jurista o un filósofo político se lanzan a afirmar a bote pronto y *sin más* que sí existen derechos colectivos, debemos desconfiar grandemente, pues o carece del más elemental rigor analítico (y no hay que proclamarse precisamente filósofo analítico para admitir la necesidad de rigor en cualquier análisis teórico) o nos quiere dar gato por liebre, introduciendo de matute tesis filosóficas o políticas muy fuertes que no piensa justificar como debería. Trataré de explicarme.

A la pregunta de si existen o no derechos colectivos no se puede responder sino con un prudente “depende”. Depende, en efecto, de qué entendamos que son esas categorías o entes que se denominan “derechos” y sobre cuya existencia en manos de colectivos se nos pregunta. El tema ontológico es, inevitablemente, presupuesto de que la pregunta se pueda contestar con un mínimo fundamento y es también la clave que

hemos de aclarar para que la discusión de esa respuesta sea algo más que un perfecto diálogo de sordos.

1. *¿Tiene algún sentido hablar de derechos subjetivos colectivos?*

Obviamente, sí tiene sentido, al menos algún sentido: un sentido trivial y difícilmente discutible. El ordenamiento jurídico delimita, determina o establece las condiciones de constitución de ciertos grupos de personas que, como tales grupos, como tales colectivos, se erigen en sujetos de derechos que el propio ordenamiento jurídico positivo atribuye. Pensemos en las personas jurídicas, en toda su enorme variedad. O pensemos en cosas tales como las familias, a las que el art. 39 de nuestra Constitución hace acreedoras de la protección social, económica y jurídica que los poderes públicos habrán de asegurar, se supone que estableciendo para ellas derechos por medio de la correspondiente legislación; o, en otro extremo de la escala, en la Nación española o en las nacionalidades y regiones a las que el art. 2 de la Constitución garantiza el “derecho a la autonomía”. Parece obvio que con los conceptos “familia”, “nación” o “nacionalidades y regiones” se está aludiendo a grupos de algún género, no a individuos singulares y aislados, y que son tales grupos los detentadores de esos “derechos” que dichas normas establecen. Igual que cuando el art. 1.2 CE hace titular de la soberanía nacional al “pueblo español”. Los ejemplos podrían multiplicarse hasta el infinito.

El problema es que con lo anterior no hemos dicho absolutamente nada de lo relevante, nada con una mínima entidad teórica, sólo obviedades incontestables.

2. *¿Los derechos subjetivos colectivos son solamente los otorgados por alguna norma jurídica positiva, o hay de otros?*

En este punto pasamos ya de lo trivial en lo que todos estaríamos de acuerdo, a lo sustancial en lo que divergiremos en razón de nuestras adscripciones filosóficas. La respuesta a la anterior pregunta depende de la concepción del derecho (y, correlativamente, de los derechos) que se maneje. Un positivista, de corte kelseniano por ejemplo, responderá sin dudar que derechos “jurídicos” no hay más que los que se corresponden con los poderes o facultades que concede una norma jurídica positiva, de derecho objetivo. Muchos antipositivistas, ya se autodenominen o no como iusnaturalistas, sostendrán que sí hay derechos subjetivos “jurídicos” no consagrados de ninguna manera por ninguna norma de derecho positivo o, incluso, en contra de lo que diga el derecho positivo. Por poner un ejemplo, muchos mantendrían que desde el momento de la concepción el concebido tiene un verdadero derecho “jurídico” a la vida, al margen y con independencia de que la legislación positiva lo reconozca o lo niegue.

Si aplicamos esas dos visiones sobre el origen de los derechos subjetivos a la cuestión de los derechos colectivos, tendríamos que la postura positivista sostendría que un grupo puede tener los derechos “jurídicos” que le otorga el derecho positivo, mientras que un antipositivista puede mantener que la titularidad de un derecho por el grupo puede ser independiente y anterior a su reconocimiento por el derecho positivo¹.

¹ Una muestra, de entre tantísimas. Antonio Marzal, en diálogo con Fernando Suárez, iuslaboralista bien conocido desde antaño, dice: “¿puede identificarse, pura y simplemente, los conceptos o los términos que hemos manejado hoy, el de derechos humanos de los trabajadores y el de derechos constitucionales de los trabajadores? Yo pienso que no. O dicho más matizadamente, yo pienso que, aunque la constitucionalización de un derecho es una buena pista que nos lleva en nuestra cultura jurídica a los derechos humanos, no deberíamos confundir demasiado fácilmente ambos términos o ambos conceptos, sin antes explicitar otros elementos necesarios y complementarios para el análisis, si realmente no queremos que el concepto de derechos del hombre no pierda (sic.) su sentido profundo, radical y originario (...) Por mi parte, yo pienso que, probablemente, el concepto de derechos del hombre, acuñado en una determinada circunstancia histórica, o, mejor, en un conjunto dado de circunstancias de la historia de la humanidad, remite a algo profundo, históricamente denso, incluso sobrecogedoramente sagrado (dentro siempre de la naturaleza propiamente laica del derecho)” (A. Marzal, “Los derechos

El asunto no es baladí. En función de la postura, tendrá sentido o no sostener que, más allá de la Constitución y las leyes (y el derecho internacional), la familia *X* tiene *derecho a* elegir la educación de sus hijos o el pueblo *Y* tiene derecho a la autodeterminación política.

Venimos hablando de derechos subjetivos “jurídicos”, y por tales podemos entender aquellos que por estar basados en normas que son derecho deben ser amparados por las instituciones jurídicas, incluidos los jueces. Pero se suele hablar también de derechos morales. En referencia a tales se podría entender, por ejemplo, una afirmación como que las mujeres en ciertos países de confesión islámica o en el seno de la Iglesia Católica no tienen reconocido su derecho a la igualdad con el hombre.

Al interrogante sobre si existen derechos morales las distintas doctrinas iusfilosóficas o éticas responderán de modo diverso según lo que se entienda ahí por “existir”. Si llamamos derecho moral a la posición que para un sujeto trata de asegurar una norma moral, la cuestión es puramente nominal, los derechos morales serían las posiciones subjetivas de ventaja otorgadas por normas morales, sea cual sea la génesis o el estatuto que se atribuya a éstas. Bajo este punto de vista, la afirmación de que las mujeres del país *X* o en la tribu *Y* no tienen reconocido su derecho a la igualdad significa que el hablante profesa una moral de entre cuyas reglas hay una que establece que las mujeres deben ser tratadas sin discriminación frente a los hombres y que se juzga que tal regla de esa moral no se respeta en el país o tribu en cuestión. Denominar esas posiciones subjetivas que las reglas morales favorecen como “derechos” es una cuestión de pura conveniencia terminológica, avalada por el dato de que no hay en nuestro lenguaje moral un término específico que cumpla la función que el término “derecho” (subjetivo) cumple en el derecho (objetivo). No veo problema en que incluso un positivista pueda emplear tal expresión, *así entendida*.

Cosa distinta es que predicar la existencia de un derecho moral de un determinado sujeto suponga asumir que dicho sujeto posee una cualidad intrínseca, immanente, e independiente y previa a toda regla moral o jurídica, de modo y manera, además, que la consonancia o no de sus reglas con tal cualidad convierte a la moral o al derecho en verdaderamente tales o en falsos sucedáneos. Por ejemplo, desde un punto de vista así se considera que el concebido tiene “derecho” a la vida como propiedad natural, ontológica, y cuando tal se afirma de este modo se pretende estar constatando y describiendo algo previo e independiente de cualquier moral social o sistema jurídico.

Naturalmente, quienes consideran que hay “derechos” que son ontológicamente anteriores a cualquier sistema de reglas sociales, morales o jurídicas, elevarán tales derechos, en el paso siguiente, a supremos derechos morales y jurídicos, pues lo contrario sería admitir que los sistemas moral o jurídico estuvieran en contradicción con el mundo, con el ser de las cosas².

Otro tema es si cabe o no hablar de derechos morales colectivos. La respuesta dependerá de que se considere o no que puedan existir sujetos morales supraindividuales³.

humanos de los trabajadores. Contraponencia”, en A. Marzal (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 89-90). Pero ya Fernando Suárez, coherentemente y como era de esperar, había declarado que para él “los derechos humanos más radicales y fundamentales -esto es, los derechos humanos fundamentales- son los *derechos naturales*” (F. Suárez, “Los derechos humanos de los trabajadores. Ponencia”. En A. Marzal, op.cit., p. 45-46).

2 De todos modos, son posibles enfoques menos radicales, intermedios: los de quienes defiendan la posibilidad de una moral racional pero no fuertemente objetivista y admitan que tenga sentido proclamar derechos morales sin convertirlos sin más en derechos “jurídicos”. No todo positivismo jurídico tienen por qué corresponderse con un relativismo o escepticismo éticos radicales.

3. ¿Y qué sujetos son los sujetos colectivos?

Recapitemos lo que llevamos dicho. Tanto positivistas como antipositivistas admiten que tiene sentido hablar de derechos colectivos. El desacuerdo venía de que se entendiera que esos derechos de los grupos pudieran anteceder o no, como derechos jurídicos, a las normas positivas, al derecho objetivo.

Mas la anterior discusión se solapa con la que versa sobre este otro asunto: ¿qué son esos grupos o colectivos que detentan derechos? Nuevamente podemos diferenciar dos tipos básicos de doctrinas al respecto. Las llamaremos doctrina individualista y doctrina colectivista. Para las doctrinas individualistas los grupos no son más que el puro agregado, la mera suma de sus miembros, de modo que el grupo como tal no cobra una entidad o sustancialidad independiente y superior a la entidad de sus miembros; es decir, sólo formalmente, nominalmente, el grupo existe como tal. Por ejemplo, la familia o la nación no son algo distinto de la mera agregación de sus miembros, no existe la realidad ontológica supraindividual de “la” familia o “la” nación (igual que no existe una realidad ontológica supraindividual y prejurídica de “la” sociedad anónima). Para las doctrinas colectivistas, en cambio, esos grupos titulares de derechos, o al menos algunos de ellos, son algo más que la mera suma o agregación de sus componentes, tienen realidad propia, prefiguración necesaria, existencia autónoma, algún género de “vida” que, aun cuando necesite, como condición de posibilidad, de las células o componentes que son los individuos, rebasa, en una unidad superior, la realidad de esos sus componentes. Así, la familia sería algo más que la mera agregación contingente de sus miembros (de los que social o jurídicamente se consideren tales) y la nación algo más que la mera suma de sus ciudadanos (lo que social o jurídicamente se consideren tales). Por tanto, no hay ahí contingencia, sino necesidad ontológica: lo que es una familia o una nación lo determina la realidad de las cosas, no la opinión de nadie, ni siquiera del legislador; y la condición de miembro de una familia o de una nación se posee o no se posee en razón de ciertos datos objetivos que son premorales y prejurídicos, al igual que la condición de célula de un tejido vivo no se adquiere o se pierde por un acto de voluntad o de opinión de las células mismas.

¿Hace falta decir que hablar, por ejemplo, de un derecho (colectivo) de los pueblos a la autodeterminación tiene un sentido completamente diverso según que nos ubiquemos en uno u otro tipo de teorías? Para las doctrinas colectivistas la razón de ser de hablar de un derecho (colectivo) de un pueblo X a la autodeterminación está en que hay una entidad llamada pueblo X, que es compleja en cuanto que se compone de una pluralidad de individuos, pero que constituye una unidad superior respecto de esos sus componentes individuales (una unidad de destino en lo universal, por ejemplo; o una patria común e indivisible); y constituye una unidad o entidad supraindividual por cuanto que posee voluntad y/o intereses propios, distintos y superiores a los de sus miembros individuales. Así, sea lo que sea lo que deseen o pretendan los miembros de una familia, el propósito e interés de la familia es el amor, la fidelidad y la procreación; sea cual sea (o cual fuere) el interés o el deseo de los miembros de un pueblo, el destino, la razón de ser y el “derecho” de ese pueblo es la autodeterminación como tal pueblo. Y un ejemplo más, para que se vea con claridad en cuantos campos jugamos con todas estas posturas: los trabajadores tienen constitucional y legalmente reconocido en los Estados democráticos actuales el derecho a la autonomía colectiva. ¿Tal derecho representa la suma de los intereses y propósitos de la suma de los asalariados o existe un ente colectivo, llamese El Trabajador, la clase proletaria, etc., que sea, como tal, titular de ese derecho? En otros términos, lo que está en juego es si el titular de los derechos

3 El asunto no se plantea sólo en términos de derechos, también de responsabilidades. Piénsese en los sentidos de la polémica, por ejemplo, sobre si existe una responsabilidad colectiva del pueblo alemán por los genocidios del nazismo.

colectivos es una colectividad de individuos o un ser colectivo.

4. *Un mapa provisional.*

Una buena parte de los equívocos que encontramos en la literatura sobre los derechos colectivos proviene de la falta de claridad sobre el modo como se entrecruzan las anteriores clasificaciones, lo que es tanto como decir, de la falta de conciencia sobre los presupuestos ontológicos que cada autor asume (o del lugar en que deja que se imponga la metafísica).

Según la postura sobre la existencia o no de derechos jurídicos prepositivos hemos diferenciado, de modo ciertamente simplificador y un tanto caricaturesco, entre doctrinas positivistas y antipositivistas. Y según la opinión sobre el estatuto ontológico de los grupos que son titulares de derechos colectivos diferenciamos entre doctrinas individualistas y colectivistas. ¿Cómo se cruzan estas dos clasificaciones? Con las cuatro combinaciones posibles. Veámoslas:

- **Positivismos individualista.** Podemos representarlo perfectamente en Kelsen. No hay más derechos que los establecidos por el derecho positivo y no hay ningún tipo de ente supraindividual con vida y existencia propia como tal. Por eso Kelsen indignó e indigna tanto a los metafísicos de la nación o el Estado.

- **Positivismos colectivista.** Está bien ejemplificado en buena parte de la teoría jurídica del nazismo⁴ o de la Unión Soviética.

- **Antipositivismo individualista.** Puede acreditarse en Dworkin, Habermas...

- **Antipositivismo colectivista: iusfilosofía franquista⁵** Fenech, M., *La posición del Juez en el Nuevo Estado. Ensayo de sistematización de las directrices actuales*, Madrid, Espasa-Calpe, 1941, p. 152. ⁶ Cita a este propósito, y como ejemplos, las siguientes obras: Lea Meriggi, *Faschismus und Recht* (Fascismo y Derecho), 1934; Günther Stier, *Das Recht als Kampfordnung der Rasse* (El Derecho como orden de lucha de la raza), 1934.⁷ *Ibid.*, p. 157.⁸, muchas teorías críticas del derecho actuales, comunitarismos...

Si esta clasificación es mínimamente sostenible, su principal utilidad radica en

⁴ Por ejemplo: “Nuestra administración de justicia debe servir en primera línea a la conservación de la comunidad popular. La inamovilidad de los jueces debe estar en correspondencia con la elasticidad en el dictado de las sentencias, con el fin de atender a la conservación de la sociedad. El individuo no puede ser el centro de la preocupación legal, sino el pueblo. El suelo sobre el que existe la justicia no puede ser sino el suelo de la existencia de la nación”(Adolf Hitler, “*Regierungserklärung*” de 23 de marzo de 1933). Y otro ejemplo, de un constitucionalista alemán de altísimo prestigio, como era de esperar: “El derecho alemán ha construido el principio de igualdad sobre bases raciales, mientras que en otros pueblos y estados la igualdad se refiere a los seres humanos sin división alguna. En el derecho alemán rige la igualdad de todos los compatriotas (*Volksgenossen*) de la misma raza. Por tanto, la exclusión de los de otra raza del uso indiferenciado de instalaciones estatales o comunitarias, como por ejemplo instalaciones colectivas de baños, no es en modo alguno una vulneración del principio de igualdad, sino su realización”(Th. Maunz, “*Die Staatsaufsicht*”, en: Höhn/Maunz/Swoboda (eds.), *Grundfragen der Rechtsauffassung*, 1938, p. 83).

⁵ Alguna muestra: “El Estado totalitario combate el positivismo jurídico

⁶ (M. Fenech, *La posición del juez en el Nuevo Estado. Ensayo de sistematización de las directrices actuales*, Madrid, Espasa-Calpe, 1941, p. 152). “El positivismo jurídico llegó prácticamente a la identificación de Derecho y de Ley. Contra esta identificación se dirigen precisamente los ataques de la doctrina moderna

⁷, que, sobre todo en Alemania, fusiona el Derecho y la Moral y afirma que la separación de ambos se debe al liberalismo, que quería excluir al Estado de la esfera de la Moral, reservándola a los individuos

⁸ (*ibid.*, p. 157). “El Derecho totalitario no está separado de la Moral por un abismo, y no se agota tampoco en la Ley” (*ibid.*, p. 159). El autor refuerza estas afirmaciones con una larga cita de Freisler (*ibid.* 159-161).

mostrar al incauto que, en cuanto se quiere rebasar el ámbito de lo trivial, el afirmar o negar que existan derechos colectivos obliga ineludiblemente a toda una serie de fundamentaciones y precisiones, aunque sólo sea para no ser ingenuo e inadvertido “compañero de viaje” de algún poco deseable pasajero del mismo tren teórico. En suma, si no se fundamenta con rigor qué quiere decir “derechos” y que quiere decir “colectivos”, no se dice en realidad nada tangible o mínimamente relevante y se puede ser sospechoso de estar pensando cualquier barbaridad que el propio autor, en su superficial precipitación, ni sospecha.

5. Geografía humana: más perplejidades.

A menudo tal parece que autores que afirman la existencia de derechos colectivos lo hacen sin ser plenamente conscientes de las implicaciones que sus tesis poseen en cuanto a la teoría de los derechos, o en cuanto a la teoría de los colectivos, o en ambas cosas. Pero no es ésta la única perplejidad. Mayor es la que produce pensar en que muchos no estarían dispuestos a asumir las consecuencias a que llevan las tesis que presuponen. Tomemos algunas muestras.

Quienes adoptan tesis individualistas, en el sentido antes indicado, están asumiendo que nada hay en los grupos que los haga merecedores de un trato diferenciado, que los grupos son simplemente la unión de individuos para la obtención de bienes o la defensa de intereses que de otro modo no serían alcanzables o lo serían más difícilmente. Que tal unión se lleve a cabo basándose en la mayor afinidad y facilidad que supone tener en común cosas tales como la lengua, las creencias o la cultura compartida, no cambia nada: éstos son factores que facilitan el agrupamiento, no razones de que el grupo tenga vida propia o se convierta en sujeto “personal” de su historia y su destino. Los elementos que propician el agrupamiento no restan al grupo su condición en última instancia contingente y coyuntural. Pero si esto es así, si no *hay* más que individuos y grupos de individuos, ¿cómo se puede justificar la discriminación entre individuos pertenecientes al grupo e individuos ajenos a él? Esa discriminación, tal como se manifiesta por ejemplo entre nacionales y extranjeros con la posesión de superiores derechos por los nacionales⁹, únicamente se podría explicar con base en el egoísmo racional de los individuos agrupados, deseos de procurar para los miembros del colectivo así formado un trato preferente en algunas cosas. Razones pragmáticas de autointerés, por tanto, pero no razones ontológicas ni éticas. Por consiguiente, el individualista consecuente debería ser universalista si no quiere ser cínico. Si lo que cuenta es el individuo y todo individuo cuenta por igual, dado que la pertenencia a uno u otro grupo (nacional, étnico, de género, etc.) nada añade a su condición básica, no hay razón de fondo ninguna (más allá de las razones puramente pragmáticas) para diferenciar entre los derechos de unos y otros individuos según el grupo a que pertenezcan. El individualista coherente tendrá que ser, por tanto, cosmopolita,

⁹ La paradoja que estamos señalando la apunta bien López Calera: “Por otra parte, paradójicamente, el liberalismo político considera hoy la pertenencia al grupo como fuente y limitación de los derechos individuales. Así, los Estados europeos e incluso las organizaciones supraestatales de inspiración liberal (Unión Europea) reconocen derechos individuales en razón de los derechos colectivos de un grupo social, cuando toman la categoría política de la «ciudadanía» como fundamento de la titularidad de los derechos y también para la exclusión de los derechos. En última instancia o en gran medida se tienen derechos individuales no por ser «individuo», sino por ser ciudadano de un determinado Estado, por una «*Staatsangehörigkeit*», esto es, por la pertenencia a un grupo, lo cual es una forma de reconocer que los derechos del grupo (derechos colectivos) son anteriores o superiores a los derechos individuales” (N. López Calera, *¿Hay derechos colectivos?*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 58).

universalista¹⁰, y no puede distinguir de patrias *en relación con los derechos*¹¹, por mucho que pueda emocionarse más con unas danzas que con otras o con la gastronomía de aquí o de allá.

Pero tampoco el colectivista está exento del riesgo de la paradoja y la contradicción. El gusto que muchas teorías colectivistas actuales encuentran en presentarse como liberadoras de naciones y pueblos oprimidos choca con un pequeño inconveniente teórico: al sustancializar al grupo de los oprimidos y otorgarle, como tal grupo, derechos frente a los otros grupos, sustancializa también a esos otros grupos y los justifica también en “sus” derechos. Si el patriotismo y el compromiso con la defensa de las señas de identidad grupal es el primer deber del individuo frente al grupo que le da su identidad y su personalidad, habrá que entender que tal deber rige para todo individuo respecto de su grupo, sea éste el que sea¹². Es decir, también los grupos opresores de otros grupos serían grupos. Si es reprochable y contrario a los derechos de un pueblo indígena, pongamos por caso, que sus prácticas religiosas se vean interferidas o contaminadas por prácticas religiosas externas, también lo será de la misma manera que se vean interferidas o contaminadas las prácticas religiosas de un pueblo cristiano¹³. Por esa regla de tres, si los occidentales del “primer” mundo vivimos también en algo que pueda llamarse pueblo, nación, tradición, cultura, etc., y si no queremos autocalificarnos de traidores o desarraigados y desdibujados sujetos genéricos kantianos o rawlsianos, también tendremos el derecho y hasta el deber de defender la pureza de ese humus comunitario que nos forja, de defenderlo frente al “otro”. A los individualistas no nos gusta demasiado esa conclusión, pero ¿cómo la rechazaría un colectivista que se quiera consecuente? Defender el derecho supremo de cada cultura a ser como es y estar donde está puede resultar una muy sutil manera de propugnar tácitamente que siga *así y allí*, para que nosotros sigamos así y aquí.

10 Pero de modo serio, claro. Javier de Lucas ha resaltado una trampa muy habitual de los cosmopolitas y universalistas de andar por casa: “Empezaré por llamar la atención sobre un sofisma que se desliza no pocas veces bajo el manto del cosmopolitismo. En efecto, creo que una buena parte de los *soi-dissants* europeístas, internacionalistas, y cosmopolitas en sus esfuerzos de descalificar ese tipo de razón ideosincrásica que sería el nacionalismo, ocultan las más de las veces a su vez otro tipo de nacionalismo que a veces es despachado con la referencia al etnocentrismo aunque se trate de cuestiones diversas, no menos sujeto a los tres defectos que aquellos le critican: belicoso, burgués, localista” (J. de Lucas, “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, en *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 288).

11 En cambio, difícilmente podrá prescindir de una idea de patria (o sus alternativas y/o equivalentes: raza, pueblo elegido...) con tintes morales quien sea partidario de razones de fondo para discriminar entre nacionales y no nacionales. Así lo vieron claramente quienes promulgaron la siguiente norma legal: “Ciudadano del Reich es solamente aquel nacional del Estado que tiene sangre alemana o sangre emparentada con la alemana, y que con su conducta prueba que quiere y está dispuesto a servir al pueblo y al Reich alemán con lealtad” (Alemania, *Ley de Ciudadanía*, de 15 de septiembre de 1935, § 2, aptdo. 1).

12 En realidad, esto lo han visto bien y lo han asumido expresamente los comunitaristas cuando, por ejemplo por boca de McIntyre, elevan el patriotismo a virtud y la defensa armada de la propia patria a deber moral del ciudadano. Por eso resulta tan enternecedor tropezarse de vez en cuando con quienes se piensan pacifistas radicales y comunitaristas al tiempo. Pero que se puede ser defensor de valores comunitarios sin caer por ello en el pacifismo ya se vio hace tiempo en nuestra propia nación: “La guerra (siendo) uno de los azotes más tremendos de la humanidad es a veces el remedio heroico, único, para centrar las cosas en el quicio de la justicia y volverlas al reinado de la paz. Por eso la Iglesia, aun siendo hija del príncipe de la paz, bendice los emblemas de la guerra, ha fundado las órdenes militares y ha organizado Cruzadas contra los enemigos de la fe” (Carta colectiva de los obispos españoles, de 1 de julio de 1937).

13 Recientemente entre nosotros este punto de vista ha sido expresamente proclamado por Ferrusola y Barrera, entre otros.

6. ¿Pero qué interés debe prevalecer?

Habrá quien piense que lo anterior son divagaciones estériles, dado que, dirá, es innegable que el derecho reconoce grupos y los hace titulares de derechos y que tales derechos cuentan como derechos del grupo que se imponen a sus miembros. A esta objeción habría que replicar, nuevamente, que o expresa un planteamiento sumamente trivial y superficial, o bien incurre en una petición de principio. Es trivial y superficial si no repara en que ese modo de imponerse el grupo sobre los individuos será diferente y tendrá distinta justificación según que se adopten tesis individualistas o colectivistas; pide el principio si da por sentada la tesis que se trata de demostrar y que hay que fundamentar: el “derecho” del grupo, como tal, a imponerse al individuo.

El asunto es el siguiente: ¿los intereses del grupo son intereses de un ente grupal o agregación de los intereses de sus miembros? ¿Qué relación se da entre esos intereses grupales y el interés de cada miembro? ¿Tiene sentido hablar de una autonomía del grupo o sólo cabe hablar con propiedad, metáforas aparte, de autonomía de cada individuo?

Podemos enfocar el tema ya sea en términos de intereses o en términos de voluntades, en analogía con las dos teorías más tradicionales de los derechos subjetivos. En términos de intereses la cuestión se suscita de este modo:

i) Cada individuo integrante de un grupo tiene su interés o intereses individuales, entendiendo por tales sus aspiraciones, propósitos, metas, deseos y similares.

ii) Cuando el grupo ejercita un derecho, estará actuando en pro de algún interés, su actuar jurídico servirá mejor o peor a ciertos de esos intereses.

iii) Si entre los miembros del grupo hay unanimidad en los intereses personales, pleno acuerdo y coincidencia, el actuar jurídico del grupo podrá y deberá, en buena lógica, ser expresión de tales intereses comunes.

iv) ¿Pero qué ocurre si, como es muy normal, tal unanimidad no existe? ¿A qué tipo de interés tiene entonces que servir la acción grupal?

En términos de voluntad el panorama es similar:

i) Cada individuo tiene la voluntad de actuar de cierto modo para ciertas metas que su voluntad también fija.

ii) Cuando el grupo ejercita un derecho está expresando algún tipo de voluntad, opera el función del querer de alguien.

iii) Si la voluntad de todos los elementos del grupo es plenamente coincidente, el actuar jurídico del grupo podrá y deberá, en buena lógica, ser expresión de dicha voluntad unánime.

iv) ¿Pero qué ocurre si no hay una unanimidad tal? ¿Cómo se conformará entonces la voluntad que dirige el actuar del grupo?

En los dos puntos respectivamente señalados con iv) se contiene el dilema práctico fundamental de la idea de derechos colectivos. Y una vez más hemos de repetir lo mismo: quien no explicita el modo en que entiende que ha de componerse esa tensión entre el interés y voluntad de cada individuo miembro y el interés y voluntad del grupo, se mantiene en el limbo de la irrelevancia y la superficialidad.

Que se proclamen y articulen derechos colectivos supone asumir que el disfrute por el individuo de ciertos bienes sólo cabe si se hace al grupo titular de los mismos, frente a los grupos o individuos ajenos. Con esta afirmación generalísima poco desacuerdo puede haber aún. La polémica surgirá al precisar el tipo de entidad que el grupo conforma y al jerarquizar sus intereses y los intereses individuales. Más en concreto, el problema nace cuando la defensa de esos bienes que se ligan a derechos del grupo, aunque sea para permitir su disfrute por los individuos, justifica la limitación de otros derechos individuales. Veámoslo con algún ejemplo bien real. En algunos países

de cultura musulmana no se permite a la mujer contraer matrimonio con un no musulmán. La razón es proteger la pureza racial y cultural del grupo, a efectos de que todos sus miembros, incluidas las mujeres, disfruten del bien que supone tener arraigo en una marcada identidad. Otro ejemplo: los comerciantes de Quebec no tienen permitido que los rótulos de sus establecimientos estén en una lengua que no sea el francés, con la justificación de que se ha de proteger la base lingüística de la identidad colectiva en tal comunidad. En ambos casos, el bien que supone que cada individuo, incluidas las generaciones futuras, pueda poseer un auténtico arraigo en una comunidad identificadora se sobrepone al disfrute de ciertas libertades individuales, como la de contraer matrimonio con quien libremente se quiera o realizar cierto aspecto de la libertad de expresión.

Inevitablemente, tomar postura en casos como esos supone trazar jerarquías de bienes y de sus correspondientes intereses. Las alternativas básicas son dos: o bien el grupo vale más que el individuo y eso hace que, como tal, sea titular de derechos superiores, pues el bien del grupo en sí mismo importa más que cualquier bien individual; o bien el único titular del disfrute de bienes y derechos es el individuo. Pero en este último caso no se justifica la prevalencia de los llamados derechos colectivos salvo con el argumento, que luego llamaremos paternalista, de que la libertad individual (la de casarse, la de expresarse...) no es el supremo bien del sujeto particular y que, por tanto, otros bienes para él mismo y de base grupal pueden imponérsele por vía social y aun contra su deseo o la posibilidad de pronunciarse¹⁴. Es decir, el derecho individual de una persona a recibir y conservar unas señas de identidad comunitaria pesa más que el derecho de la misma persona a relacionarse con quien quiera y como quiera sin más límite que la integridad del otro. Kant queda así desbordado por el gregarismo: si para Kant la voz de mi conciencia fundamenta mi condición de persona libre y con igual dignidad que cualquier otra, para el colectivismo y el comunitarismo la conciencia no sólo tiene voz sino idioma, y ese idioma, que es el de mi pueblo, convierte a éste en titular de un derecho a ser como es y a mantenerse como pueblo libre aun a costa de mi autonomía personal y del sometimiento de mi voz a la lengua de mi tribu.

¿Cuál es la escala de posibles enfoques teóricos? Tal escala tiene sus dos polos extremos en el individualismo organizativo radical y en el colectivismo organizativo radical. Entre tales polos se contienen diversas posturas intermedias. Analicemos los hitos principales de esa escala. Pensemos en la aplicación que estas distintas concepciones tendrán para la organización de la interrelación entre individuos y grupo en grupos tales como la familia; o los trabajadores (la clase obrera), titulares de la autonomía *colectiva* que el derecho laboral y la Constitución consagran; o una nación o pueblo, titular ya sea de la soberanía ya sea del derecho de autodeterminación.

A) *Colectivismo radical u organicista*: el bien del ente colectivo, como tal, prevalece sobre la autonomía individual. Es el extremo al que claramente propenden las filosofías entificadoras de los grupos, a las que antes nos referimos. Para estas doctrinas el grupo posee intereses y voluntad propios y específicos, como corresponde a ser el grupo como tal una realidad cuasipersonal y con algún tipo de vida propia. Sus decisiones, por tanto, no se legitiman por corresponderse con los intereses o las

14 Entre quienes en nuestro país propugnan el reconocimiento de los derechos colectivos pero sin rebasar ese límite de la autonomía individual básica, cabe mencionar destacadamente a Javier de Lucas. Así cuando dice: “me parece que la modificación fundamental que tendríamos que reconocer respecto al catálogo habitual es que los derechos no son sólo individuales, esto es, que hay derechos colectivos, de grupos, y que esos derechos son especialmente relevantes cuando hablamos de pluralismo cultural. Como ya he insistido, el límite en el reconocimiento de esos derechos colectivos es que no se obligue a nadie contra su voluntad a ser titular en cuanto miembro del grupo, pero eso está muy lejos de la propuesta que, desde el liberalismo individualista, trata hoy de obstaculizar a toda costa el reconocimiento de esos derechos” (J. de Lucas, “¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al proyecto intercultural”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 31, 1994, p. 36. El subrayado es nuestro).

voluntades que los individuos perciban como propias, sino por encarnar verdaderamente el interés y voluntad del grupo¹⁵. El interés y voluntad del grupo representa, al mismo tiempo, el supremo bien para los individuos que lo conforman, pero puede ocurrir que éstos no acierten a captarlo así por algún tipo de defecto moral o cognitivo. De ahí que los sistemas democráticos representativos sean poco estimados por esta concepción, porque pueden conducir a decisiones que, por expresar el sentir de los individuos, no atiendan a las verdaderas necesidades y fines del grupo como tal¹⁶. La relación entre los miembros del grupo y sus dirigentes que actúan y deciden por él propenderá a explicarse más bien en términos de empatía¹⁷, predestinación, mesianismo, tradición sagrada, vanguardia, cabeza-cuerpo, pastor-rebaño, elite-masa, cuerpo místico, etc. Las teorías tradicionales de la monarquía, la doctrina del *Führertentum*, la imagen clásica del *pater familias*, la del partido como vanguardia de clase, la idea organicista de nación, la noción de democracia orgánica, etc., se adecuan, en distintos ámbitos y épocas, a la visión expuesta. En términos similares, *mutatis mutandis*, piensan muchos intelectuales románticos de hoy cuando reivindican los derechos colectivos de los pueblos indígenas, por ejemplo, más allá de la paradoja de que sean dichos intelectuales no indígenas los que posean la empatía para captar el interés o voluntad que da vida a aquel pueblo como grupo.

B) *Colectivismo paternalista*: el grupo se impone al individuo por razón del propio interés del individuo. Aun cuando no se entifique al grupo y no se lo eleve a organismo suprapersonal con vida propia, como las doctrinas anteriores, y aun cuando se entienda que no hay bien superior que el del individuo, se parte de una noción de

15 Así, en la exposición de motivos de la Ley del Matrimonio, de 1938, el legislador nacionalsocialista manifestó lo siguiente: “El matrimonio y la familia son la base de la comunidad vital del pueblo... Encierran en sí las energías cuyo desarrollo y efecto asegura la eternidad de la vida del pueblo... Para el Estado nacionalsocialista el más profundo sentido del matrimonio radica más allá de los intereses individuales de los contrayentes” (el subrayado es nuestro). Con esto culminaba una sustanciosa dirección doctrinal. Así, Hitler decía en su *Mein Kampf* que “Tampoco el matrimonio puede ser un fin en sí mismo, sino que debe servir a la más alta meta, el crecimiento y conservación de la especie y la raza”. Y Hans Frank, presidente de la Academia de Derecho Alemán, sostenía que “El interés esencial de la comunidad popular en el instituto del matrimonio radica en que éste constituye el más firme fundamento para la consecución y conservación de una población de sangre alemana y hereditariamente sana, a través de una descendencia sana y consciente de las necesidades de la comunidad popular”. Y Siebert concluía, en la misma dirección, que el matrimonio “ya no es una cuestión privada únicamente de los partícipes, sino una tarea al servicio de la conservación de las energías raciales y culturales del pueblo”. Era coherente, pues, con este pensar que la ley no permitiera los matrimonios mixtos con judíos.

La misma idea de prioridad de lo colectivo se expresa cuando en aras de la protección de una confesión religiosa se sentencia la licitud de que los hijos de sus fieles no reciban la enseñanza pública ordinaria, tal como acordó el Tribunal Supremo Americano para proteger la comunidad fundamentalista de los *Amish*, en el caso *Wisconsin v. Yoder*, en 1972; o cuando, para salvaguardar la identidad grupal de una pequeña tribu india, el mismo Tribunal decide en 1978, en el caso *Santa Clara Pueblo v. Martínez*, que la prioridad de la autonomía tribal de los *Santa Clara Pueblo* se impone frente al derecho individual a la no discriminación por razón de sexo.

16 Esta es, quizá, la principal razón por muchos defensores del derecho colectivo de cada pueblo a su autonomía y autodeterminación como grupo no se animan a reivindicar la democracia como bien para todos los pueblos: el exceso de libertad individual y la posibilidad de decidir, puede tentar a los individuos a desertar de la tradición y adoptar las degeneradas costumbres de nuestra cultura occidental e ilustrada, cosa que sería sentida por antropólogos, ecólogos y científicos sociales (occidentales) en general como una lamentable pérdida.

17 Una pequeña muestra, de nuevo de uno de los líderes del pensamiento jurídico del siglo XX: “Nadie más que el *Führer* puede... tomar la decisión última sobre si una determinada regla debe tener validez. Frente a él no se necesita ninguna garantía para el mantenimiento de la justicia, pues él es, en razón de su condición de líder, el guardián de la constitución, lo que aquí significa: de la concreta idea jurídica no escrita de su pueblo. Por tanto, una ley que sea fruto de su voluntad no está sometida a revisión judicial” (Karl Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, 1934, p. 34).

dicho bien independiente de los contingentes intereses subjetivos o la aleatoria voluntad del mismo. Lo que sea el bien supremo del individuo es algo que al propio individuo puede resultarle desconocido o, incluso, indeseado. Y además, segundo paso, la consecución de dicho supremo bien individual requiere la cooperación, la acción grupal, colectiva. Gracias, por ejemplo, a la organización en Iglesia salvará el individuo su alma, supremo bien; gracias a la organización en sindicato o partido de clase logrará el individuo trabajador su liberación y desalienación; gracias a su integración en un Estado que dé forma política a una cultura nacional logrará el ciudadano o súbdito individual la plenitud en la sintonía entre identidad individual y señas colectivas; etc.

Este colectivismo paternalista puede ser no democrático, o democrático en mayor o menor medida. La medida de su carácter democrático la dará el número de cuestiones o presupuestos que se sustraigan a la deliberación entre los individuos, el consenso y la decisión mayoritaria. En cualquier caso, el colectivismo paternalista nunca podrá someter la base de la estructura grupal definitoria a la discusión individual y la decisión mayoritaria: el sindicalismo de clase no puede someter a votación la idea misma de clase; el estatismo nacionalista no puede cuestionar la base (histórica, tradicional, étnica o del tipo que sea) de la nación; las Iglesias no pueden someter a discusión y votación su dogma fundante o sus libros sagrados; etc.

C) *Individualismo pragmático*: sólo los individuos están legitimados para definir su interés, pero el grupo es necesario para realizar intereses individuales. Sólo el individuo sabe lo que desea y lo que le conviene, no se reconoce la legitimidad de ninguna persona o grupo para decirle a otra lo que es su bien o su supremo beneficio. Esto tiene como primera consecuencia que la autonomía individual impera sobre cualquier idea de autonomía colectiva o grupal y, en principio, no se reconoce a ésta la capacidad para someter a aquélla. Ahora bien, existen ciertos campos en los que los intereses individuales no se pueden alcanzar o maximizar sin la acción agrupada. Así, los trabajadores no tendrán un salario y unas condiciones de vida dignas sin la unión en sindicatos, los ciudadanos no recibirán determinados bienes básicos (educación, sanidad, infraestructuras, defensa frente a la posible opresión exterior, etc.) sin su organización en Estado. ¿Cómo se salva esa tensión entre lo individual, supremo, y lo colectivo? Haciendo que la voluntad e interés que la acción grupal expresa se formen a partir de la agregación de los intereses y voluntades de cada uno de los individuos. Y, puesto que, como ya sabemos, lo normal es la falta de unanimidad, habrá que adoptar sistemas de decisión mayoritaria y vinculante para las minorías. Mas como el principio legitimador sigue siendo individual, se respetarán ciertas reglas básicas como las siguientes: únicamente se admite la imposición de la regla grupal mayoritaria para asuntos atinentes a esos intereses que sólo pueden alcanzarse o maximizarse por la vía de la actuación colectiva; los individuos que estén en minoría en cada ocasión tienen que ver respetada su autonomía en todo lo que no choque directamente con los ámbitos en que se legitima la decisión mayoritaria; salvo las puras reglas procesales del juego mayoritario, todo lo demás no debe estar sustraído al debate y la decisión autónoma. Y sobre todo: nada hay en el grupo que no sea contingente y explicable sólo en razón de la protección en común de intereses individuales.

Como fácilmente se aprecia, con tales planteamientos individualistas es difícilmente compatible un sistema de decisión no democrático. Así como el colectivismo propende al autoritarismo, limitando la libertad individual en pro del grupo, el individualismo demanda la democracia y tiende a someter a ella todo menos el valor mismo del individuo autónomo.

D) *Individualismo radical o anarquizante*: ninguna regla colectiva, sea cual sea el procedimiento por el que se haya sentado, puede imperar sobre la autonomía individual. Los grupos y las reglas grupales que se imponen a los individuos deben ser

los menos posible. Es la libre y perfectamente autónoma acción de los individuos, sin más cortapisa que el respeto a la vida, la integridad y la libertad de los otros individuos, la que debe erigirse en pauta también social. Entre el individuo y la organización política mínima del Estado, los menos grupos posibles. Eso sí, al que Dios se la dé...

7. ¿Y en qué quedamos? En la perplejidad.

Concluyo con la misma idea que vengo repitiendo: mantener que sí existen o que no existen derechos colectivos es poco más que una postura para la galería o un brindis al sol si no se declara qué se está entendiendo por *derechos* y por *existir* y si no se delata el modelo de articulación entre la acción individual y la acción en grupo que se propugna. Sólo en función de esas necesarias aclaraciones nos resultará aceptable a unos u otros oír cosas tales como que un pueblo tiene un derecho colectivo a su autodeterminación. Todos asentiremos encantados a un tal enunciado. La discusión vendrá, inevitablemente, a la hora de entenderlo.

Comenzábamos lamentando la poca claridad que reina en la discusión sobre los derechos colectivos. Esa escasa claridad es también fruto, a menudo, de la poca coherencia del pensador de turno. Ser colectivista consecuente o individualista consecuente no es fácil. Es mucho más cómodo el eclecticismo y la sensibilidad a los vientos que soplen. De ahí que no nos sorprenda demasiado escuchar a los unos negar que haya derechos colectivos y, a continuación, defender el derecho a existir como tal de la nación española, o la vasca o la maragata; o a otros mantener que sí los hay, al mismo tiempo que se declaran partidarios de la democracia individualista o el Estado mínimo.

Es común que las cuatro posturas-modelo que hemos identificado en el punto anterior se entremezclen en cualquier autor según el “derecho” colectivo del que esté hablando. Y eso suele ser consecuencia de escasa reflexión filosófica y escaso rigor lógico y semántico. O de los gustos del auditorio, que, al fin y al cabo, es el que paga.