

## Sobre el concepto de derechos colectivos

JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO

Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM)

### I. Introducción

Hablar de derechos colectivos o de derechos de los pueblos, de minorías, de grupos es quizá tan antiguo como hablar de derechos individuales. Sin embargo, el desarrollo de ambas nociones no ha sido paralelo. Mientras muchos autores modernos y contemporáneos han teorizado sobre el concepto de «derechos individuales», poca ha sido la atención que se le ha dado al concepto de «derechos colectivos». No obstante, en el debate público esta noción ha desempeñado un papel importante; recuérdese, por ejemplo, el preámbulo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776):

Cuando, en el curso de los acontecimientos humanos, se hace necesario *para un pueblo* disolver los vínculos políticos que lo han ligado a otro, a tomar entre las naciones de la tierra el puesto, separado e igual, a que las leyes de la naturaleza, y del Dios de esa naturaleza, *le dan derecho*, un justo respeto al juicio de la humanidad le obliga a declarar las causas que lo impulsan a la separación.<sup>1</sup>

En tiempos más recientes la idea de los derechos colectivos ha tomado mayor importancia en las discusiones políticas. Después de la Segunda Guerra Mundial, dos pactos internacionales de la ONU establecieron que «todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación» y se reconocieron algunos derechos a las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas.<sup>2</sup>

En México, el conflicto que se vive en Chiapas desde 1994 puso en primer plano de la discusión política la exigencia del reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indios. En los Acuerdos de San Andrés Larráinzar firmados por el Gobierno y el EZLN en 1996, se reconoció a los pueblos indí-

genas una serie de derechos que después fueron incorporados en la controvertida Iniciativa Presidencial sobre derechos y cultura indígenas,<sup>3</sup> que plantea modificar la Constitución. En esta Iniciativa se reconoce que «los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación» y a «decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural»; que tienen derecho a «aplicar sus sistemas normativos», «elegir sus autoridades», «fortalecer su participación y representación políticas de conformidad con sus tradiciones», a «acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales», a «preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que configuren su identidad», y a «adquirir, operar y administrar sus propios medios de comunicación».

La poca atención que se ha puesto al concepto de derechos colectivos posiblemente se deba a la concepción moderna de los derechos subjetivos (esto es, «cualidades» o «facultades» inherentes al ser humano), impide que el problema sea incluso planteado como tal. No obstante el desinterés de los teóricos del derecho,<sup>4</sup> existe una preocupación reciente por el tema que proviene de la crítica al liberalismo desde las filas del movimiento comunitarista que pone en duda la capacidad de aquél para proteger a ciertos grupos minoritarios mediante la concesión de derechos individuales y ha pugnado por el otorgamiento de «derechos comunitarios». La discusión ética, política y jurídica ha sido particularmente interesante en el contexto canadiense donde el debate sobre los derechos colectivos ha sido un tema central y controvertido a raíz de las demandas que han realizado los grupos francófonos e indios.<sup>5</sup>

Como ha señalado Michael Hartney, normalmente quienes proponen los derechos colectivos o de minorías sostienen que las comunidades son buenas o valiosas y, por tanto, deben ser protegidas, para luego afirmar que tales comunidades tienen derechos. Este razonamiento, como se ha demostrado, es incorrecto ya que, por una parte, no es necesario otorgarles derechos a las colectividades para protegerlas y, por otra parte, no todo tipo de bien o valor crea un derecho moral.<sup>6</sup> En este tipo de discusión, efectivamente, se suele caer en una serie de confusiones al mezclar distintos niveles de argumentos. Aquí se utilizará una distinción metodológica de Robert Alexy,<sup>7</sup> quien afirma que cuando hablamos de derechos hay que distinguir tres tipos de cuestiones: las normativas, las analíticas y las empíricas. Aplicada esta distinción al tema de los derechos colectivos, podemos decir que dentro de las cuestiones normativas hay dos tipos de temas: los ético-filosóficos y los jurídico-dogmáticos. Con respecto a la primera, cabe preguntarse por qué las comunidades (o los grupos) deben tener derechos y cuáles derechos tendrían. En la segunda, se trata de saber si en un sistema jurídico dado un grupo o una comunidad posee un determinado derecho, es decir, la cuestión aquí sería, por ejemplo, decir qué derechos les confiere el convenio 169 de la OIT a las comunidades indígenas en México. Dentro de las cuestiones empíricas se abarcan enunciados que comprenden explicaciones

sobre el surgimiento de derechos colectivos, sobre la historia del concepto, sobre su función social, etc. Dentro de las cuestiones analíticas el tema principal es el de distinguir entre norma, relación y posición jurídicas. Si los derechos se entienden como ciertas posiciones y relaciones es posible distinguir entre: *a*) razones para los derechos, *b*) derechos como relaciones y posiciones y *c*) la imposibilidad jurídica de los derechos.

Esta distinción es importante porque nos permite aclarar los enunciados sobre derechos que, por lo general, suelen crearnos muchas confusiones. Considérese, por ejemplo, el enunciado siguiente:

A1) «Los pueblos tienen derecho a existir».

Este enunciado puede significar tres cosas distintas:

A2) «Los pueblos son valiosos» (o «es bueno que existan los pueblos»).

A3) «Los pueblos, en el sistema jurídico *S* tienen una norma que les confiere un derecho a existir».

A4) «Los pueblos tienen un derecho moral a existir».

A1) es, en todo caso, un enunciado ambiguo o complejo, A2) es un enunciado valorativo que nos da una razón para un derecho, A3) es un enunciado jurídico-dogmático que se refiere a una norma jurídica y A4) un enunciado justificativo ético-filosófico que afirma la existencia de un derecho moral.

Si confundimos estas cuestiones es muy probable que pasemos de la afirmación de que una comunidad o un grupo es valioso de sostener, sin más, que tiene un derecho moral o jurídico, y constatar que un sistema jurídico le otorga a cierto grupo un derecho y de ahí a afirmar que tal derecho está justificado moralmente.

Este trabajo tratará, básicamente, del tipo de cuestiones que Alexy llama analíticas o conceptuales, esto es, se intentará esclarecer el concepto de derechos colectivos. En el apartado II se tomarán como ejemplo dos tipos de definiciones del concepto de «derecho subjetivo» (la de Dworkin y la de Raz). Allí señalo algunos problemas y propongo una definición analítica que sea «neutral» respecto al problema de la titularidad de los derechos. En el apartado III se analizará el problema de la titularidad de los derechos, en concreto el problema de la titularidad colectiva. En el apartado IV analizaré el concepto de bienes públicos o colectivos y plantearé algunos problemas con relación a los derechos que tienen como objeto este tipo de bienes. Por último, en el apartado V, consideraré algunas propuestas alternativas que se han sugerido para evitar los problemas que ocasiona hablar de derechos colectivos. Seguramente los lectores advertirán que muchas discusiones importantes se dejan de lado en este trabajo; esto se debe a que el propósito que tiene no es dar respuesta a las preguntas de

qué derechos (jurídicos o morales) tienen los grupos o las comunidades, ni si se justifica tal o cual derecho; simple y sencillamente, lo que intento aquí es entender cómo se usa el término «derecho colectivo» y aclarar algunas confusiones que hay respecto a su uso.

## II. El problema de la definición del concepto de «derecho subjetivo»

Antes de discutir el concepto de «derecho colectivo» conviene detenernos unos instantes en el concepto mismo de «derecho subjetivo» ya que las confusiones parten de lo que entendamos por un derecho sin más. A continuación presento dos definiciones de dos teóricos del derecho contemporáneos que servirán para ver algunos problemas que se plantean con la definición de este concepto. Ronald Dworkin entiende que:

Un *derecho* político es una finalidad política *individualizada*. Un individuo tiene derecho a cierta expectativa, recurso o libertad si [tal cosa] tiende a favorecer una decisión política [en virtud de la cual] resultará favorecido o protegido el estado de cosas que le permita disfrutar del derecho, aun cuando con esa decisión política no se sirva ningún otro objetivo político, e incluso cuando se le perjudique; y si cuenta en contra de tal decisión, aun cuando con ella se sirva algún otro objetivo, el que retrase o ponga en peligro ese estado de cosas. Un *objetivo* político es una finalidad política *no individualizada*, es decir, un estado de cosas cuya especificación no requiere así ninguna expectativa, recurso o libertad en particular para los individuos determinados.<sup>8</sup>

La afirmación de Dworkin de que los derechos son finalidades políticas individualizadas es muy confusa y sirve solamente para trazar una distinción conceptual poco clara entre derechos y objetivos políticos.

Por su parte, Joseph Raz, defensor de la teoría del interés, nos presenta la siguiente definición:

«X tiene un derecho» si y sólo si X puede tener derechos y un aspecto del bienestar de X (su interés) es una razón suficiente para imponer un deber sobre otra persona.<sup>9</sup>

Y sobre la capacidad para poseer derechos afirma que:

Un individuo es capaz de tener derechos si y sólo si algún aspecto de su bienestar es un valor último o es una «persona artificial» (por ejemplo, una corporación).<sup>10</sup>

Sin adentrarnos demasiado en el análisis de las definiciones de estos autores, intento demostrar que Dworkin define un derecho con base en dos criterios

que excluyen de antemano la existencia de derechos colectivos: el del individuo y el de los bienes individualizables. En la definición de Raz no se presenta este problema, pues sólo se habla de que el titular de un derecho posea un interés. El problema surge cuando se trata de determinar quién es capaz de ser titular de un derecho, esto es, quién puede ser sujeto de un interés.

Una teoría de los derechos, al menos una teoría estructural o analítica, debería separar estas dos cuestiones con claridad; por un lado, la cuestión de qué es un derecho como posición o relación jurídica (o moral) y, por el otro, quiénes son capaces de ser titulares de derechos. Una definición como la de Dworkin, que define lo que es un derecho basándose en el individuo, tendrá que negar que existen derechos colectivos y tendrá muchos problemas para incorporar en su teoría a los grupos, asociaciones y otro tipo de colectividades con las que suele operar el lenguaje jurídico. En cambio, se podría decir que la definición de Raz es «neutral» con respecto al problema de la titularidad de los derechos que constituye un problema posterior en una teoría de los derechos. El problema de este tipo de definición es otro, consiste en mezclar en la definición de un derecho la cuestión de las razones para poseer tales derechos.<sup>11</sup> Por ello, creo que la distinción de Alexy entre razones para los derechos y derechos como posiciones y relaciones es de gran importancia cuando tratamos estos temas.<sup>12</sup>

Una teoría de los derechos como posiciones o relaciones es, por ejemplo, la que aportó el norteamericano W.N. Hohfeld y que se ha extendido sobre todo en los países anglosajones. Para Hohfeld existen cuatro tipos de posiciones: a) derecho o pretensión, b) la libertad o el privilegio, c) el poder o competencia, y d) la inmunidad. Estas cuatro posiciones jurídicas forman parte de cuatro tipos de relaciones que presentó en su famoso cuadro de correlativos jurídicos:<sup>13</sup>

Derecho pretensión	o	libertad privilegio	o	poder competencia	o	inmunidad
Deber		no-derecho		sujeción		incompetencia

Este tipo de relaciones, como algunos autores han puesto de relieve,<sup>14</sup> son relaciones triádicas, cuyo primer miembro es el portador o titular del derecho (a), su segundo miembro el destinatario del derecho (b) y su tercer miembro, el objeto del derecho (G).

(1) a tiene frente a b un derecho a G.

Esta relación triádica puede ser expresada con «D», por tanto la forma más general de un enunciado sobre un derecho puede expresarse de la siguiente manera: *DabG*.

De este esquema, como apunta Alexy, surgirán cosas totalmente diferentes según lo que se coloque en lugar de *a*, *b* y *G*.<sup>15</sup> De aquí que cuando nos preguntamos por los derechos colectivos surjan dos tipos de cuestiones: la primera cuando el titular del derecho (*a*) es un grupo o una comunidad y la segunda cuando el objeto del derecho (*G*) es un bien colectivo. Ambas cuestiones son muy distintas y dan lugar a distintos problemas, aunque normalmente se hable de derechos colectivos en ambos casos. Considérense, de esta manera, los siguientes cuatro enunciados:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la autodeterminación.
2. La Universidad es propietaria de la mejor computadora del país.
3. Pedro tiene derecho a un ambiente sano.
4. Pablo tiene derecho a las prestaciones de su contrato colectivo de trabajo.

En 1) se hace referencia tanto a un titular colectivo como a un bien colectivo; en 2) se refiere a un titular colectivo pero a un bien individualizable; en 3) a un individuo y a un bien público; y en 4) se hace referencia a un individuo (miembro de un grupo, un sindicato) y a ciertos bienes individualizables. De algún modo, tanto en el lenguaje jurídico como en el lenguaje común, solemos referirnos a cada uno de estos cuatro enunciados como derechos colectivos. Por ello, como veremos más adelante, algunos autores rechazan que pueda tener alguna utilidad hablar de derechos colectivos cuando este término hace referencia a cosas tan poco homogéneas. La ambigüedad del término, sin embargo, no es una razón tan poderosa como para abandonarlo, máxime cuando su significado puede aclararse por el contexto en que se utiliza. De otra forma, tendríamos que dejar de hablar de derechos en general e, incluso, de utilizar el término «derecho».

### III. Los titulares de derechos

No resulta necesario definir lo que sea un derecho sobre la base de quién o quiénes puedan ser sus titulares. Podemos mantener una definición analítica de lo que es un derecho remitiendo la discusión de quiénes pueden ser titulares a un segundo momento. La tradición jurídica y filosófica moderna nos ha determinado para considerar al individuo si no como el único portador de derechos sí como el principal portador de los mismos. Lo que aquí se propone es considerar los derechos como una técnica o un recurso lingüístico para proteger o asignar ciertos bienes, recursos, oportunidades o valores.

La discusión de quiénes pueden ser titulares de derechos y, más precisamente, si las comunidades pueden ser titulares de derechos, es un tema posterior al de la definición de lo que es un derecho. Por supuesto, aquí se da por sentado que los individuos, esto es, los seres humanos son los principales titulares de

derechos, por lo que dejaré este tema aparte. Conviene plantear la discusión en niveles distintos: en un plano justificativo nos preguntaríamos si ciertos grupos (comunidades, asociaciones, naciones, etc.) deben considerarse como sujetos de derechos;<sup>16</sup> la respuesta dependerá, en todo caso, de los criterios que utilicemos para determinar quiénes pueden ser sujetos de derecho. Si nos apegamos a la teoría del interés, la pregunta sería, entonces, si las comunidades o los grupos tienen intereses distintos a los de sus miembros y si tales intereses pueden originar derechos, mientras que si nos inclinamos por la teoría de la voluntad la pregunta sería si un grupo o una comunidad tienen voluntad propia y, por tanto, se les puede considerar titulares de derechos. Este tipo de preguntas está estrechamente ligada al debate actual entre comunitaristas y liberales en torno a qué es una comunidad y qué valor puede tener.<sup>17</sup>

En un plano descriptivo, la pregunta de si las comunidades o los grupos tienen derechos colectivos en un ordenamiento jurídico, en este caso el mexicano, es muy distinta a la pregunta de si está justificado que ciertos grupos tengan derechos. La existencia de las normas jurídicas depende de actos de voluntad y, por tanto, el contenido de las leyes depende en gran medida de la voluntad del legislador. El legislador puede conferir arbitrariamente derechos «colectivos» y, en este sentido, podemos hablar de que existen los derechos colectivos en el sistema jurídico mexicano, pero eso no nos aclara qué son estos derechos o si son distintos de los derechos individuales. Puede emplear también este tipo de expresión o referirse únicamente a derechos individuales; incluso puede no referirse a derechos subjetivos, ya que, como mantiene Kelsen, el concepto de derecho subjetivo cumple dentro del sistema jurídico una función particular, por eso puede verse como «una técnica particular» que el derecho puede utilizar pero que no es necesario que utilice (al contrario de la imposición de deberes, que es la función principal del derecho).<sup>18</sup> Pero esto no implica que se debe prescindir del lenguaje de los derechos, aunque compartiría con algunos autores algunos señalamientos sobre los peligros de extender indiscriminadamente la retórica de los derechos (tanto individuales como colectivos), cada vez que hay una reivindicación política o cada vez que existe un interés por proteger un bien o un valor.<sup>19</sup>

Para los teóricos liberales, el único titular de derechos es el individuo y, por tanto, todo tipo de derechos es individual. El problema que se presenta si se adopta esta posición es el de cómo explicar entonces la adscripción de derechos a entidades como las corporaciones, universidades, empresas, sindicatos y todo tipo de asociaciones incluido el Estado. La respuesta que han dado los teóricos del derecho, consiste en recurrir a una serie de teorías que distinguen entre «personas físicas» y «personas jurídicas» o «morales». En estas teorías los grupos, sociedades, comunidades, etc., son vistos como una persona individual.<sup>20</sup>

Desde el punto de vista sociológico, como señala Hartney, una colectividad o corporación es un grupo de personas comprometidas con ciertas tareas relacionadas unas con otras de cierto modo, pero desde el punto de vista del

derecho, una corporación es una persona ficticia distinta de todas las que forman el grupo sociológico. En el sentido sociológico, una corporación es un grupo pero no puede actuar colectivamente, ser propietario, realizar contratos o cometer ilícitos. En sentido jurídico, una corporación puede hacer todo esto pero no es un grupo, es una sola persona —ficticia.

Para Hartney el siguiente razonamiento sería incorrecto:

1. Las corporaciones y los Estados tienen derechos.
2. Las corporaciones son entidades colectivas.
3. Por tanto, las entidades colectivas tienen derechos.<sup>21</sup>

En este razonamiento la premisa 1 sería falsa y 2 sería verdadera desde un punto de vista sociológico, mientras que desde un punto de vista jurídico 1 sería verdadera y 2 falsa. Por ello, para Hartney, cualquier derecho que posea una corporación, ya sea un municipio, una asociación civil o mercantil, una comunidad india, etc., no es un derecho colectivo, sino individual; «crear una corporación jurídica e investirla con derechos no significa crear derechos colectivos (si entendemos por derecho colectivo un derecho que se confiere a una colectividad como tal)».<sup>22</sup>

Esta visión es compartida en gran medida por la mayoría de los juristas; en derecho se ha adaptado esta forma de hablar sobre las colectividades y nada extraño resulta hablar de derechos de los Estados, de municipios, de sindicatos, de sociedades, etc. Pero la *ficción* que se hace, esto es, tratar a estos grupos o colectivos, como si fueran una persona o un individuo tiene algunos inconvenientes. La analogía entre las colectividades y los individuos no parece poder explicar algunos puntos que pretende resolver; no es tan fácil comprender qué significa que una comunidad indígena se convierta en propietaria de un bien; ¿qué actos, y de qué personas, son los que deben ser respetados? Si la respuesta es que la de los miembros de la comunidad (o los socios), no es satisfactoria, pues éstos no son los propietarios. Ni siquiera los actos de los representantes de una comunidad se pueden comparar del todo con los actos de una persona que representa a otro individuo.<sup>23</sup> Como se ve, la analogía no resuelve algunos problemas importantes y podrían darse algunas buenas razones para mantener una separación conceptual entre derechos individuales y derechos colectivos o de grupo, en vista de que las funciones que cumplen en el lenguaje jurídico son distintas.

Para Hart la expresión «persona jurídica» o «colectiva» pertenece a una clase de términos que llama «teóricos» y que distingue de los «observacionales». El problema de las teorías jurídicas de la personalidad es que se piensa que deben tener alguna denotación específica —ya sean seres humanos, organismos supraindividuales o entes ficticios. Lo importante no es buscar a qué refieren tales términos sino la función que cumplen en diferentes

enunciados. Si se procede así, se encontrará que algunas de tales frases son equivalentes a enunciados sobre la conducta de ciertos individuos en determinadas condiciones, otras son traducibles a enunciados que se refieren a sistemas normativos, etc.<sup>24</sup>

Como han intentado mostrar autores como Hart y Nino, hablar de personas colectivas tiene un sentido distinto a hablar de individuos, por eso no tenemos que aceptar teorías que reemplacen hablar de personas colectivas. El problema entonces no está en la respuesta que demos a la pregunta de qué son las colectividades, y si pueden ser titulares de derechos en cuanto entes distintos a sus miembros, sino en explicar qué sentido tienen tales enunciados donde se hace referencia a una persona colectiva. Pongamos, por ejemplo, el enunciado siguiente: «los pueblos indios tienen derecho a la autodeterminación». Este enunciado se podría traducir diciendo que las leyes del país contemplan que ciertos individuos ejerzan colectivamente, dadas ciertas condiciones, el derecho a decidir cómo se van a organizar y gobernar, a través de los procedimientos que las leyes (del país y/o de ciertas comunidades) establezcan. Un enunciado de este tipo no podría traducirse haciendo referencia a derechos individuales.

#### IV. Los bienes colectivos como objeto de los derechos

Hay otro sentido para entender el término «derechos colectivos» y que no (o no sólo) hace referencia al titular del derecho; como afirma Hartney, «en otras palabras, el adjetivo “colectivo” sirve para identificar una clase de derechos sobre la base de otras características en vez de la naturaleza del titular del derecho».<sup>25</sup> Aquí lo importante será la naturaleza del *objeto* del derecho y no su titular. Para Joseph Raz:

Un derecho colectivo existe cuando se dan las siguientes tres condiciones: primero, existe porque los intereses de los seres humanos justifican mantener que alguna(s) persona(s) sea(n) sujeta(s) a un deber. En segundo lugar, los intereses en cuestión son los intereses de *los individuos como miembros de un grupo en un bien público y el derecho es un derecho a ese bien público* porque sirve a sus intereses como miembros del grupo. En tercer lugar, los intereses de ningún miembro particular de tal grupo en el bien público es suficiente por sí mismo para justificar mantener que otra persona sea sujeta a un deber.

La primera condición es requerida por los derechos colectivos para que sean consistentes con el humanismo. Los derechos, aun los colectivos, sólo pueden ser tales si sirven a los intereses de los individuos. En ese sentido los derechos colectivos son una mera *façon de parler*. Son un modo de referirse a los intereses individuales que se originan de la pertenencia de los individuos en comunidades. Las otras dos condiciones distinguen un derecho colectivo de una serie de derechos individuales.<sup>26</sup>

Para ejemplificarlo, Raz emplea la noción de derecho a la autodeterminación de los pueblos, que «no sólo es un bien público sino uno colectivo», un derecho que descansa en los intereses acumulados de muchos individuos y no en el de uno sólo.<sup>27</sup>

Lo que me interesa subrayar ahora es el segundo requisito de Raz, esto es, que el derecho colectivo consiste en los intereses de los individuos en tanto miembros de un grupo en un *bien público*. Los teóricos del derecho se han ocupado sólo de la regulación de algunos bienes públicos pero sin profundizar en entender en qué consisten; el interés por estos bienes ha surgido en el ámbito de la economía debido a la preocupación de algunos economistas por el llamado sector público.<sup>28</sup> Según Peston, los bienes públicos tienen las siguientes características:

- a) La provisión de cualquier cantidad del bien para un sujeto implica la provisión de la misma cantidad para un grupo de sujetos.
- b) En la provisión del bien no es posible limitar su consumo a determinados sujetos.
- c) En la provisión del bien no es óptimo limitar su consumo a determinados sujetos.
- d) Con relación a b), no es posible establecer un precio para un bien público.
- e) Con relación a c), no resulta óptimo tampoco establecer un precio.
- f) Si el bien se ofrece a uno o varios sujetos, puede facilitarse gratis a los demás.

Para Peston todas estas características son importantes, pero se pueden destacar dos en especial: el requisito a), es decir, lo que suele denominarse la «no exclusividad» de los bienes públicos, y el requisito b) llamado la «no rivalidad» en el consumo del bien.<sup>29</sup> Ejemplos de bienes públicos pueden ser la seguridad pública o la seguridad nacional, una economía próspera, un medio ambiente sano, una cultura «desarrollada», la salud, la educación, la preservación de edificios antiguos. Un bien público o colectivo puede tener las características de no-exclusividad y no-rivalidad por razones distintas: la primera, porque conceptualmente el bien posea tales características, por ejemplo, una economía próspera es conceptualmente un bien. La segunda, porque de hecho tales bienes tienen esas características en un momento determinado, por ejemplo, el aire limpio (donde lo haya en abundancia), aunque se quisiera, no se podría proveer a un sólo individuo excluyendo al resto, y el que alguien respire más, no restringe el consumo de los otros. La tercera, porque legalmente se prohíbe que ciertos bienes sean asignados de forma exclusiva a los individuos, por ejemplo, el caso de ciertos monumentos antiguos, ciertas obras de arte, bibliotecas, parques, etc.

Cabe hacer notar, sin embargo, que cuando se habla de bienes públicos,

como el de una sociedad bien educada o culta, se refiere a ellos de modo muy general. Una sociedad culta sería, en realidad, un bien complejo, o un conjunto de bienes, algunos de los cuales no reúnen los requisitos de la no-exclusividad y no-rivalidad. Por ejemplo, si tener una sociedad culta implica tener bibliotecas, museos, obras de arte, libros, cines, etc., es perfectamente posible excluir a algunas personas del disfrute de estos bienes, por ello, cuando se dice que una sociedad culta es un bien público se hace referencia a ciertos beneficios difusos que derivan de las características generales de la sociedad a la que uno pertenece.<sup>30</sup> Teniendo en cuenta que un bien colectivo es un bien complejo o una serie de bienes, Denise Réaume sostiene que el aspecto central de dichos bienes consiste en cierto tipo de participación. Así, en el caso de una sociedad culta el aspecto central está constituido por una particular manera de participar y llama a este tipo de bienes públicos *participatory goods*.<sup>31</sup>

No obstante, cuando hablamos de bienes públicos o colectivos no basta con señalar sus características y detenernos en su aspecto «estructural», ya que esto, por sí sólo, no sería suficiente para distinguirlos de lo que podríamos llamar «males públicos» como la inseguridad social, la contaminación atmosférica, una sociedad intolerante, etc. Debido a que existen diferencias de opinión con respecto a los efectos particulares o a la deseabilidad con respecto a un bien o a un estado de cosas, una misma cosa puede ser considerada como un bien público por algunos, un mal público por otros y contemplarse de manera indiferente por un tercer grupo.<sup>32</sup> Por tal motivo, como bien apunta Alexy, el carácter estructural de los bienes públicos no es suficiente para definirlos, ya que se podría hacer mención de algo que cumpla con los requisitos estructurales pero que sea considerado un «mal público».<sup>33</sup> Para poder distinguir entre «bienes» y «males» públicos haría falta referirse a lo que Alexy llama «*estatus normativo* de los bienes colectivos»; esto significa que tenemos que hacer referencia a un criterio normativo para considerar que alguna cosa o estado de cosas<sup>34</sup> es un «bien» colectivo. Alexy propone la siguiente definición de bien colectivo que hace referencia a un sistema jurídico (aunque puede adaptarse a cualquier sistema normativo):

X es un bien colectivo para el sistema jurídico S si X es no-distribuable y su establecimiento o mantenimiento es requerido a través de S o *prima facie* o definitivamente.

La referencia de Alexy al carácter *prima facie* o definitivo, se refiere al tipo de normas que pueden establecer que algo sea un bien colectivo. Si se establece a través de un *principio*, se tratará de un precepto de optimización que puede ser desplazado, mientras que si se trata de una *regla* es un precepto definitivo que se cumple o no se cumple.<sup>35</sup> Lo anterior no implica que no se pueda, de hecho, excluir a alguno de los beneficios de un bien público, sino que

dadas ciertas normas (incluidos derechos fundamentales) están prohibidas ciertas formas de exclusión.

La definición que retomamos de Alexy deja de lado la cuestión de la justificación pues con base en esa definición algo será un bien colectivo en un sistema jurídico cuando una norma válida así lo establece. El problema de la justificación que pueda tener este tipo de bienes rebasa las expectativas de este trabajo por lo que dejaré de lado estos problemas.<sup>36</sup>

Raz sostiene que no puede haber derechos individuales a bienes colectivos; si un derecho es la base para imponer deberes en los demás, entonces, no puede haber ningún interés individual que pueda justificar un bien colectivo. En el caso anterior, por ejemplo, el deseo de una persona de respirar aire limpio en una ciudad contaminada no es suficiente para justificar un derecho individual a vivir en una sociedad con aire limpio, ya que implicaría imponer deberes a otras personas y el interés individual en este caso no tendría el peso suficiente para ello.

Réaume objeta la tesis de Raz y propone analizar el problema de los bienes públicos partiendo de la distinción entre *producción* y *disfrute* de un bien público. Si nos preguntamos si un individuo puede tener derecho a un bien colectivo la pregunta sería ambigua respecto a si tal individuo tiene derecho a disfrutar de los beneficios de dicho bien o si tiene derecho a que se produzca para él. Consideremos el caso del aire limpio: se trata de un bien público que no puede producirse individualmente, sin embargo, sí puede disfrutarse individualmente, por lo que es posible conceptualmente que los individuos tengan un derecho a disfrutar un bien público, en este caso a respirar aire limpio.

De acuerdo con esta distinción y tomando en cuenta que los bienes públicos son un complejo de bienes distintos, Réaume sostiene que el aspecto central de algunos bienes de este tipo consiste en que son producidos conjuntamente:

Con mucho el valor más grande de una sociedad culta comprende la presencia de otros que tienen similares intereses y con quienes uno puede interactuar y compartir esa cultura. El valor de un bien de este tipo es que está constituido por una forma particular de participación. Tales bienes, que llamaré «bienes participativos» (*participatory goods*), comprenden actividades que no sólo requieren de varios para producir el bien, sino son valiosos sólo por la participación común de muchos. La publicidad de la producción en sí es parte de lo que es valioso, el bien es la participación.<sup>37</sup>

Independientemente de la opinión muy discutible de que la participación en sí pueda ser valiosa, resulta interesante que Réaume destaque la naturaleza participativa de ciertos bienes públicos. Una sociedad culta no consiste sólo en la existencia de ciertos beneficios ni de ciertos artefactos (bibliotecas, museos, cines, pinturas, películas, etc.), sino en la participación para producir tales cosas. Un individuo no puede tener derecho a un bien público participativo porque no

puede disfrutarlo individualmente. Al contrario de lo que sostiene Raz, en el sentido de que los intereses de los individuos no tienen el peso suficiente para imponer deberes en los demás, Réaume piensa que un individuo no puede tener intereses *como individuo* en los aspectos centrales de los bienes participativos, por lo que los individuos podrían tener derechos respecto a ciertos bienes públicos (museos, pinturas, películas, libros, etc.) que forman parte de una sociedad culta y que pueden disfrutarse individualmente, pero tales bienes son parasitarios del aspecto central de un bien público participativo, y eso los hace inapropiados para ser objeto de derechos individuales.<sup>38</sup> Este tipo de bienes no requiere que todos participen, pero sí que un cierto número participen en la creación del bien. Hay bienes participativos que no requieren más que de dos personas, por ejemplo la amistad; otros, como los juegos, requieren, como *mínimo*, cierto número de personas, por ejemplo, para jugar fútbol se requiere veintidós jugadores, mientras que para tener una sociedad culta el número de participantes tiene que ser muy numeroso. En todo caso, como afirma Réaume, el grado de no-exclusividad del bien está estrechamente ligado al bien de que se trate, el beneficio de la amistad puede ser sólo para dos personas excluyendo a todo el resto, el de un partido de fútbol tendrá que ser compartido por más personas y el grado de no-exclusividad en el disfrute de una sociedad culta será todavía mayor.<sup>39</sup>

Parece claro que un individuo no puede tener derecho a jugar a fútbol si esto implica que se obligue a otros a jugar con él, es decir, no se justificaría tal derecho. Tampoco un individuo puede tener derecho a vivir en una sociedad culta si esto implica que se obligue a otros a dedicarse a ciertas actividades para proveerle a tal individuo una sociedad tal. Pero si esto es así, habrá que preguntarnos si cabe hablar de derechos colectivos a bienes públicos. ¿Qué significa decir que una sociedad, comunidad o pueblo tiene el derecho a un bien colectivo? Si en la Ciudad de México el interés de todos es respirar aire limpio, eso parece suficiente para sostener que la sociedad tiene derecho a que se produzca ese bien, ya que el interés colectivo sí justificaría imponer ciertos deberes para producir un ambiente sano. Pero aquí se presentan algunos problemas. Para proveer el bien público consistente en el aire limpio, se necesita la participación de la mayoría de los miembros de la ciudad. Si todos participáramos en la producción de aire puro, seguramente no tendría caso sostener que tenemos un derecho a ello porque no tendríamos necesidad de imponer deberes a nadie. Pero el caso es que la mayoría de los habitantes de la ciudad contribuimos a contaminar el aire, por lo que el problema de proveernos del bien público se presenta con la estructura del dilema del prisionero, ya que muchos tendríamos interés en no participar en la producción de aire puro. La imposición de obligaciones es entonces necesaria para asegurar la producción del bien, y podemos estar de acuerdo en que sólo el interés general justificaría tal imposición de deberes. El grado en que esos deberes afectan los intereses particulares y el problema de

hasta dónde puede ser justificada la restricción de derechos individuales es otro problema.

## V. Otras alternativas

Will Kymlicka se aproxima al problema de los derechos colectivos desde una perspectiva que responde a la pregunta anterior, pero parte de rechazar el lenguaje de los derechos colectivos. Kymlicka prefiere denominar a ciertos derechos de grupos como los de derechos de autogobierno, los poliétnicos y los especiales de representación como «derechos diferenciados en función del grupo» (*group-differentiated rights*).<sup>40</sup> El referirse a ellos como derechos colectivos genera muchas confusiones debido a que dicha categoría es demasiado amplia y heterogénea, incluye derechos de las corporaciones, derechos a cuotas para ciertos grupos (*class-action suits*), derechos de los ciudadanos a bienes públicos, etc. Para Kymlicka el problema importante es el tipo de contenido de tales derechos, por lo que observa que dentro de la categoría de los derechos colectivos se comprenden derechos que poco tienen en común. Además la terminología de los derechos colectivos provoca que la gente llegue a conclusiones erróneas con respecto a la relación que hay entre los derechos diferenciados en función del grupo y los derechos individuales.

Esta fusión de la ciudadanía diferenciada en función del grupo con los derechos colectivos ha tenido efectos desastrosos sobre el debate filosófico y popular. Debido a que contempla el debate en términos de derechos colectivos, mucha gente da por supuesto que el debate sobre la ciudadanía diferenciada en función del grupo equivale, en lo esencial, al debate entre individualistas y colectivistas sobre la prioridad relativa del individuo y la comunidad. Los individualistas aducen que el individuo es moralmente anterior a la comunidad: la comunidad importa únicamente porque contribuye al bienestar de los individuos que la constituyen. Si tales individuos consideran que ya no vale la pena mantener las prácticas culturales existentes, entonces la comunidad no tiene un interés independiente en mantener dichas prácticas, y ningún derecho a impedir que los individuos las modifiquen o las rechacen. Por tanto, los individualistas rechazan la idea de que los grupos étnicos y nacionales tengan cualquier tipo de derechos colectivos.

Por el contrario, los colectivistas niegan que los intereses de la comunidad sean reducibles a los intereses de los miembros que la componen. Equiparan los derechos colectivos a los individuales, y los defienden de forma paralela. Las teorías de los derechos individuales comienzan por explicar qué es un individuo, qué intereses tiene éste *qua* individuo, y entonces derivan un conjunto de derechos individuales que protegen estos intereses. De forma similar, los colectivistas comienzan por explicar qué es una comunidad, qué intereses tiene *qua* comunidad, y entonces derivan un conjunto de derechos comunitarios que protegen estos intereses. Así como determinados derechos individuales se derivan del interés de cada

individuo en su libertad personal, determinados derechos comunitarios se derivan del interés de cada comunidad en su propia conservación. Por tanto, estos derechos comunitarios deben contraponerse a los derechos de los individuos que componen la comunidad.<sup>41</sup>

Kymlicka pretende mostrar que tal oposición no se aplica a los derechos diferenciados en función del grupo, sino que las relaciones son más complicadas. En primer lugar, traza una distinción de acuerdo al tipo de reivindicaciones que realizan los grupos étnicos o nacionales: por un lado, están las que realiza el grupo contra sus propios miembros y, por el otro, las que realiza contra el resto de la sociedad. A las del primer tipo las denomina «restricciones internas», las cuales pretenden proteger al grupo del impacto desestabilizador de la *disen-sión interna* (Kymlicka está pensando en la decisión de los individuos de no seguir las prácticas tradicionales o las costumbres). A las del segundo tipo lo denomina «protecciones externas», las cuales intentan proteger al grupo del impacto de *decisiones externas* (por ejemplo, de decisiones económicas o políticas del resto de la sociedad).<sup>42</sup>

Ambos tipos de restricciones, advierte Kymlicka, conllevan algunos peligros. Las restricciones internas se refieren a relaciones *intragrupales* e implican el peligro de imponer restricciones graves a la libertad de sus miembros, es decir, a sus derechos individuales básicos. Mientras que las protecciones externas que se refieren a relaciones *intergrupales* conllevan el peligro de la injusticia o desigualdad entre los grupos.<sup>43</sup> Sin embargo, el que tales restricciones impliquen el peligro latente de restringir derechos individuales básicos o de crear relaciones injustas entre los grupos, no implica que los derechos comunitarios sean, como piensa Martín D. Farrell, sólo un modo de describir ciertas restricciones de los derechos individuales.<sup>44</sup> Esta afirmación resulta parcialmente cierta, pero es exagerada si se olvida que incluso cuando hablamos de derechos individuales nos referimos o «disfrazamos» el hecho de que imponemos restricciones a los demás. Como sostiene Hohfeld, cuando alguien tiene un derecho (individual) de propiedad excluye a todos los demás de ese bien. Nadie dudaría que la asignación de un derecho individual podría poner en peligro, esto es, restringir derechos individuales básicos de otras personas. Sería ingenuo pensar que los valores que protegen los derechos individuales fundamentales no entran en conflicto cuando se asignan tales derechos. Ésta es una característica de los conflictos que suelen darse entre derechos (tanto individuales como colectivos), por lo que veo fuera de toda proporción atribuirle la exclusividad de esta «perversidad» sólo a los derechos comunitarios. Sin embargo, Kymlicka apunta bien cuando advierte de los peligros de las restricciones internas y de las protecciones externas. Advertir de este tipo de peligros es conveniente, pero no significa de ningún modo aceptar que los derechos colectivos restrinjan *per se* derechos fundamentales; este tipo de recordatorios resulta conveniente sobre

todo cuando una buena parte de los problemas sociales se quieren resolver a través de la asignación de derechos (individuales o colectivos).

Reflexionemos sobre una pretensión como el derecho de las minorías a su lenguaje. Esta pretensión puede consistir tanto en un derecho individual a hablar su lengua materna en los procedimientos judiciales como en el derecho a educar a sus hijos en una escuela bilingüe donde se enseñe la lengua del grupo indígena, pero este último sólo puede ser un derecho colectivo que se ejerce en comunidades donde se practica tal lenguaje y no un derecho individual que se pueda reclamar a donde quiera que vaya una persona. Cuando se reclama un derecho cultural de este tipo se crea la falsa idea de que todos son o pretenden ser derechos colectivos y se originan discusiones estériles al respecto; algunos derechos culturales pueden ser ejercidos por los individuos y otros por la comunidad. Para Kymlicka, la pregunta de si son ejercidos por la colectividad o por los individuos carece de relevancia, para él lo importante es preguntarse por qué los miembros de ciertos grupos deberían tener derechos respecto a la tierra, el lenguaje, la representación política, etc., que otros miembros de otros grupos no tienen.<sup>45</sup> La propuesta de Kymlicka de dejar de hablar de derechos colectivos y hablar de derechos diferenciados en función del grupo es interesante, pero no sirve para dejar de lado el problema que pretende evitar. Sencillamente, su propuesta invita a tratar el tema de los derechos culturales o de los derechos de minorías multiculturales desde una perspectiva que atienda los problemas de justicia entre los grupos, esto es, desde las protecciones externas que un grupo o los miembros de ese grupo pueden tener respecto a otro. Pero el problema de la terminología de los derechos colectivos no queda resuelto dejándolo de lado. Como se vio antes, el problema no consiste sólo en entender qué es una comunidad o un grupo y si debiesen tener derechos, sino que entraña otro tipo de problemas conceptuales con respecto a los bienes colectivos y problemas de técnica jurídica que se presentan cuando se habla de personas colectivas y se pretende proteger ciertos bienes colectivos que sólo podrían quedar protegidos por derechos colectivos, ya que por poseer ciertas características estructurales no podría justificarse (o sería funcionalmente inoperante) que se protegieran a través de derechos individuales. Aceptar que el concepto de derechos colectivos tiene un papel importante y distinto al que tiene el concepto de derechos individuales, no implica dejar de reconocer que estos últimos, sobre todo cuando son derechos fundamentales, tienen prioridad justificativa en la mayoría de los casos. Con esto se salva un reclamo fundamental que bien expresara Dworkin en su concepción de los derechos como «triumfos» en contra de cualquier consideración utilitarista.

Antes de finalizar, considérese nuevamente el reclamo de los pueblos indios en México a usar y desarrollar su propia lengua. Cuando un reclamo de este tipo se plantea conviene comenzar por identificar una serie de intereses de los miembros de un grupo por utilizar su lengua materna, pero también en

identificar un interés colectivo o comunitario en preservarla y desarrollarla básicamente a través de la educación. Se puede elegir proteger estos intereses a través de conferir derechos tanto a los individuos como a la comunidad (o pueblo), aunque hay que recordar que este tipo de protección no es necesario y se podría discutir si una comunidad tendría un derecho moral o la conveniencia de este tipo de protección. De cualquier modo, lo importante es determinar con la mayor precisión posible qué bienes, valores o conductas se quieren proteger. Cuando se habla de conferir derechos habrá que distinguir: 1) el interés que puedan tener los individuos como tales en hablar su lengua materna y qué deberes pueden justificarse a partir del reconocimiento de un derecho individual. Por ejemplo, del derecho individual a ser asistido por un traductor en todo proceso judicial, se podrían desprender una serie de deberes hacia los funcionarios públicos, los jueces, etc.; de la libertad de usar su lengua materna se podrían desprender deberes hacia los demás de no discriminarlos por ese motivo. Sin embargo, el interés individual no bastaría para reclamar otro tipo de derechos. 2) Sólo el interés colectivo podría justificar otro tipo de derechos y otro tipo de deberes. Por ejemplo, el derecho a que el Estado o la comunidad proporcionen educación en alguna de las lenguas indígenas a los individuos sólo podrá justificarse allí dónde el número de niños y los intereses de los miembros de una comunidad sean suficientes para ello. El interés de un individuo por sí solo no bastaría para obligar a otros a *producir* el bien. El derecho a desarrollar una lengua sería claramente un bien *participativo*, respecto al cual no cabe plantearse siquiera si cabría un derecho individual, nuevamente, aquí sólo la comunidad o los miembros de la comunidad pudiesen ejercer tal derecho colectivamente y sólo con base en ese interés (junto con otros requisitos) podrían imponerle al Estado o a la propia comunidad el deber de sostener escuelas bilingües y otras instituciones. El grado de afectación a otros intereses o derechos debido a la imposición de este tipo de deberes puede variar y algunos podrían no justificarse. Conviene por ello ser escépticos respecto a la necesidad de imponer derechos colectivos, pero este tipo de escepticismo debe ser más de tipo político que teórico. Los peligros que conlleva el reconocimiento de ciertos derechos colectivos, en parte, depende del problema de entender qué son este tipo de derechos y de una serie de confusiones teóricas que contribuyen a polarizar el debate; sin embargo, los peligros más graves dependen más de la miopía política de ciertos grupos, de la falta de sensibilidad por el respeto a los derechos fundamentales y de la polarización de las posiciones políticas.

NOTAS

1. En 1610, la Cámara de los Comunes de Inglaterra usó la expresión «the fundamental rights of liberty of Parliament»; con ella se hacía referencia a la libertad de expresión del Parlamento frente a la Corona, es decir, atribuía un derecho a un grupo determinado. Sin embargo, la evolución del concepto de «derecho» estuvo estrechamente ligada al individualismo que concibió los derechos como una cualidad o facultad inherente del ser humano. Richard Tuk ha sostenido que en la guerra civil inglesa algunos de los líderes de los *Levellers*, como John Lilburne, además de utilizar un lenguaje innovador al hablar de «derechos» tuvieron una actitud ambivalente hacia ellos considerándolos como colectivos. Cfr. Richard Tuk, *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979, p. 149; véase también James H. Hutson, «The Emergence of the Modern Concept of a Right in America: The Contribution of Michel Villey», *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 39 (1994), pp. 185-224, p. 205.

2. Me refiero al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y al *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966), cuyo debate estuvo rodeado de una fuerte polémica entre los países del bloque socialista y capitalista; al respecto véase Etienne Richar Mbaya, «Relations Between Individual and Collective Human Rights: The Problem of Rights of Peoples», *Law and State*, vol. 46 (1992), pp. 7-21. En otros documentos, como el borrador para la Declaración Universal de Derechos de los Indígenas, en repetidas ocasiones se hace referencia a derechos colectivos o de grupo. En México ha sido especialmente importante el Convenio 169 de la OIT (1989), que hace referencia a los derechos de los pueblos indígenas o de grupos tribales y les reconoce, por ejemplo, «el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias», «el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan», «los derechos “a los recursos naturales existentes en sus tierras”», etc.

3. La iniciativa fue remitida al Senado de la República para su discusión el 15 de marzo de 1998, sin embargo, por distintos problemas de índole política la discusión para someterla a aprobación aún no se ha realizado.

4. Quizá la única excepción importante sea la de Joseph Raz, «Right-Based Moralities», en Jeremy Waldron, *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984, pp. 182-200; publicado posteriormente con algunas modificaciones en su libro *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

5. Véanse los siguientes trabajos: Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Clarendon Press, Oxford, 1995; hay traducción de Carmen Castells Auleda, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996 (en especial el capítulo 3); Denise Réaume, «Individuals, Groups, and Rights to Public Goods», *University of Toronto Law Journal*, vol. 1, n.º 38 (1988), pp. 1-27. En la revista *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. IV, n.º 2 (1991), aparecieron los siguientes artículos sobre derechos colectivos: Michael McDonald, «Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism», pp. 217-237; Michael Hartney, «Some Confusions Concerning Collective Rights», pp. 293-314 (también en Will Kymlicka [ed.], *The Rights of Minority Groups*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 202-227; aquí se cita esta reimpresión); y Jan Narveson, «Collective Rights?», pp. 329-345.

6. Michel Hartney, *op. cit.*, p. 203.

7. Véase su libro *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 173-178.

8. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (trad. de Marta Gustavino), Planeta-Agostini, Barcelona, 1993, p. 159. Las cursivas son mías.

9. Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 166.

10. *Ibid.*

11. En este sentido hay dos escuelas importantes, las teorías del interés o del beneficiario y

las de la voluntad o de la elección. Al respecto véase la voz «Derecho subjetivo» de Juan Ramón de Páramo Argüelles, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, tomo II, *El derecho y la justicia* (coord. Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta), Trotta, Madrid, 1996, pp. 367-394.

12. «Un derecho puede ser justificado tanto de una manera general como en un contexto específico i) haciendo referencia únicamente a bienes individuales, ii) haciendo referencia tanto a bienes individuales y colectivos, o iii) sólo haciendo referencia a bienes colectivos.» Cfr. «Individual Rights and Collective Goods», en Carlos S. Nino (ed.), *Rights*, Dartmouth, Cambridge, pp. 163-181, p. 164. Sin embargo, Alexy, desde mi punto de vista, comete un grave error estipulando que todos los derechos, aún cuando sean justificados por referencia a bienes colectivos, serán derechos individuales, es decir, derechos de una persona particular. Alexy se compromete innecesariamente al sostener que el término «derechos individuales» es intercambiable con el de «derecho subjetivo».

13. Wesley Newcomb Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México, 1991, p. 47.

14. Entre ellos Robert Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*, a quien retomo en su exposición, o como Alan Ross Anderson, «The Logic of Hohfeldian Propositions», *Logique et Analyse*, n.º 12 (1970), pp. 231-242; y Lars Lindhal, *Position and Change. A Study in Law and Logic*, D. Reidel Publishing Company, Holanda, 1977.

15. Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 186 y 187.

16. Estos problemas se presentan también con respecto a casos menos claros como el de determinar si los animales, las generaciones futuras o «la naturaleza» son titulares de derechos.

17. También entraña otra serie de problemas como el de qué criterios utilizar para identificar a ciertos grupos como las etnias, las naciones los pueblos, etc. Al respecto pueden verse los ensayos publicados en León Olivé y Fernando Salmerón (eds.), *La identidad personal y la colectiva*, UNAM, 1994.

18. Véase Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1983, pp. 98 y 99. Kelsen considera que «desde el punto de vista de la descripción científica» la utilización del concepto de derecho subjetivo (como pretensión o como «reflejo») es superflua.

19. Hay que advertir también la inconveniencia de usar un lenguaje de derechos para tratar ciertos temas; véase Ronald Beiner, *What's the Matter with Liberalism?*, University of California Press, Berkeley, 1992, y su artículo «National Self-Determination: Some Cautionary Remarks Concerning the Rhetoric of Rights», que aparecerá publicado por el Colegio de México.

20. Existen tres tipos de teorías: las *negativas*, que sostienen que sólo los seres humanos son personas jurídicas; las *realistas*, que sostienen que además del ser humano hay otras entidades reales, como las personas colectivas, que son personas jurídicas; y las de la *ficción*, que sostiene que el derecho supone que ficticiamente existen otras entidades que no son los hombres, como soporte de derechos y obligaciones. Para H.L.A. Hart «las teorías de forma tradicional sólo pueden ofrecer una versión deformada del significado de expresiones referentes a cuerpos con personalidad jurídica porque todas ellas, no obstante su mutua hostilidad, parten del común presupuesto de que estas expresiones tienen que representar o describir algo, y a renglón seguido, suministran versiones separadas e incompatibles de la peculiaridad de ese algo, en tanto que entidad compleja, misteriosa o ficticia». Cfr. «Definición y teoría en la ciencia jurídica», en H.L.A. Hart, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis* (trad. de Genaro R. Carrió), Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 93-138. En la teoría de Hans Kelsen, por ejemplo, el concepto de «persona» tampoco hace referencia al individuo ser humano, sino a un «ente» que el orden jurídico crea estipulando en relación con él ciertos derechos y ciertos deberes. Desde la concepción de Kelsen resulta innecesario que en el Derecho se distinga entre personas «físicas» y personas «morales» o «jurídicas». «Por cierto —escribe Kelsen— que existen tentativas de demostrar que la persona jurídica también es “real”. Pero esas tentativas son tanto más inútiles

cuando un análisis más minucioso demuestra que también la llamada persona física es una construcción artificial de la ciencia del derecho; que la persona física sólo es una persona "jurídica".» Cfr. *Teoría pura del derecho*, UNAM, 1986, pp. 182 ss.

21. Michael Hartney, *op. cit.*, p. 215.

22. *Ibíd.*

23. Véase Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 224 ss.

24. Cfr. Hart, *op. cit.*, pp. 130 ss.

25. Hartney, *op. cit.*, p. 219.

26. *Ibíd.*, p. 208.

27. *Ibíd.*, p. 209. Además véase su artículo escrito con Avishai Margalit, «National Self-Determination», *The Journal of Philosophy*, vol. 87, n.º 9 (1990), pp. 439-461.

28. James M. Buchanan considera que el tema de los bienes públicos fue introducido en la teoría económica moderna gracias al énfasis que se le dio al tema de los «fallos del mercado». En la teoría sobre los bienes públicos se ha puesto atención de manera especial en los costos de exclusión junto con las ventajas del consumo colectivo. Como escribe este autor «[s]uch goods 1) enter the utility functions of individuals, 2) can be varied in quantity by the decision-makers for the collectivity, 3) may be provided inefficiently or not at all in the absence of collective action, and 4) must be (or should be) made generally available to all members of the community». Cfr. «Public Goods and Natural Liberty», en Thomas Wilson y Andrew S. Skinner (eds.), *The Market and the State. Essays in Honour of Adam Smith*, Clarendon Press, Oxford, 1978, pp. 271-295, p. 275.

Por su parte, Maurice Peston, otro economista que se ha dedicado a analizar detenidamente el problema de los bienes públicos, escribe: «Algunas veces son llamados también efectos próximos o secundarios o efectos externos, o efectos sociales, o costes y beneficios sociales. Algunas veces aludiremos a los bienes colectivos en lugar de los bienes públicos [...] Vale la pena notar, sin embargo, que los bienes públicos se discuten en la práctica frecuentemente en términos de fenómenos deseables. De hecho, ésta es una característica necesaria de lo que deseamos examinar. Podemos pensar en los bienes públicos como beneficiosos o perjudiciales según el caso particular, o podemos inventar la expresión «males públicos» para tratar con los fenómenos indeseables. Aunque prefiero personalmente la primera, no hay objeción real a la última formulación». Cfr. *Bienes públicos y sector público*, Vicens-Vives, Barcelona, 1975, p. 13.

29. *Ibíd.*

30. Cfr. Joseph Raz, *op. cit.*, p. 199.

31. Denise Réaume, «Individuals, Groups, and Rights to Public Goods», *cit.*, p. 10.

32. Maurice Peston, *op. cit.*, p. 19.

33. Para Von Wright los conceptos relevantes para la ética pueden dividirse en tres grupos: Al primero pertenecen los conceptos-valor, como «bueno» y «malo», o el concepto de «bien». A los del segundo los llama *normativos*, a ellos pertenecen los conceptos de «obligación», «deber», «derecho», «prohibición», etc. Al tercer grupo pertenecen la noción de «acto humano» y todos los relevantes a la acción, como «elección», «deliberación», «razón», «deseo», «necesidad», etc. A estos conceptos los llama *antropológicos*. Pero, como hace notar Von Wright, algunos conceptos caen entre algunos de los dos o hasta tres grupos. Cfr. *The Varieties of Goodness*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963, p. 6. El caso de los bienes públicos sería un caso de un grupo de conceptos que caería dentro de los tres grupos, esto es, es un concepto valorativo, normativo y antropológico. La aproximación antropológica aparece cuando se habla, por ejemplo, del *interés* público en la seguridad externa; cuando se dice, por ejemplo, que la seguridad pública es un bien o un valor y, por el contrario, que la inseguridad pública es un mal, se asume una perspectiva valorativa, y, por último, cuando decimos que el mantenimiento de la seguridad pública es un

deber o que la ley prescribe alcanzar tal fin, estamos adoptando una perspectiva deontológica o normativa.

34. Algunos bienes colectivos o públicos consisten más que un objeto o cosa, en un estado de cosas. Así, se puede decir que la paz o la seguridad son un bien público, es decir, estamos diciendo que cierto estado de cosas es valioso o es preferible a otro. Al contrario, cuando decimos que ciertos monumentos son bienes públicos, nos referimos a un objeto con algunas características propias. Pero cuando decimos que la autodeterminación de un pueblo es un bien colectivo podemos referirnos tanto a un estado de cosas como a una actividad (un hacer algo: autodeterminarse colectivamente), y aunque ambas cosas sean similares no son lo mismo. Al respecto véase: G.H. Von Wright, «The logic of Preference Reconsidered», *Theory and Decision*, vol. 3, n.º 2 (1972), pp. 140-169.

35. Un par de ejemplos bastarán para hacer clara esta distinción. Por un lado, cuando la constitución mexicana establece que los bosques, aguas, subsuelo, mares territoriales, etc. son bienes públicos lo hace a través de una *regla* que establece que tales bienes son propiedad de la nación. Esta regla o se cumple o no se cumple, pero no acepta ningún tipo de graduación. Por otro lado, cuando se establece que a «la Nación» le corresponde generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica, ello se configura a través de un *principio* (una directriz) cuyo cumplimiento puede ser graduable y que puede ser limitado cuando entra en conflicto con otros bienes colectivos o con derechos.

36. Véase el artículo de Alexy, anteriormente citado, donde plantea los problemas para justificar este tipo de bienes en términos de bienestar individual o en términos de una teoría del consenso.

37. «Individual, Groups, and Rights to Public Goods», cit., p. 10.

38. *Ibid.*, pp. 10-11.

39. *Ibid.*, p. 12.

40. Véase *Ciudadanía multicultural*, p. 46.

41. *Ibid.*, pp. 74-75. Véase la bibliografía de autores de ambas tendencias que cita Kymlicka.

42. Cfr. *ibid.*, pp. 58 ss.

43. *Ibid.*

44. «Cuando se habla de derechos comunitarios —escribe Farrell— lo que quiere decirse es que algunos derechos individuales han sido restringidos, y nada más que esto. [...] Hablar de derechos comunitarios, entonces, es utilizar una forma de expresión que esconde la realidad. Todos los ejemplos de supuestos derechos comunitarios que he mostrado consisten sólo en la restricción de los derechos individuales de los individuos que no integran el grupo protegido. Si el grupo protegido —como suele ocurrir— es una minoría, los derechos comunitarios son disfraces que encubren la restricción de los derechos individuales de la mayoría.» Cfr. «¿Hay derechos comunitarios?», *Doxa* (Alicante), 17-18 (1995), pp. 69-94, p. 89.

45. *Ibid.*

*Juan Antonio Cruz Parcero es investigador del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. Actualmente, sus investigaciones dentro del área de Filosofía y Teoría del Derecho se centran en algunos problemas conceptuales relacionados con el discurso de los derechos. Su tesis doctoral «El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del Derecho» aparecerá publicada próximamente (Ed. Fontamara, México).*