

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Instituto de Derechos Humanos:

Bartolomé de las Casas



TESINA

“¿Son los derechos sociales derechos colectivos?: los derechos sociales y la dimensión colectiva ”

Presentada para optar el grado de:
Máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos

Alumna: Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz

Director: Ángel Llamas Cascón

Getafe-Madrid

2012

Curso
académico
2011-2012

¿Son los derechos sociales derechos colectivos?

Los derechos sociales y la dimensión
colectiva

Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas
Máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Trabajo de fin de máster
Director: Ángel Llamas Cascón
Autora: Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
I. CONTEXTO	5
II. OBJETO DEL TRABAJO	6
III. ALGUNOS PUNTOS DE PARTIDA	7
CAPÍTULO 1: LA DEFENSA ACADÉMICA DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS COLECTIVOS .	11
CAPÍTULO 2: LOS ORÍGENES HISTÓRICOS Y FILOSÓFICOS DE LA DIMENSIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES.....	23
I. LA CONSTRUCCIÓN INTELECTUAL DE LOS DERECHOS SOCIALES	26
1. <i>La crítica a la concepción presocial y abstracta del ser humano:</i>	27
2. <i>La crítica al individualismo:</i>	30
3. <i>La recuperación del valor de la fraternidad o solidaridad:</i>	32
II. EL PAPEL DE LOS GRUPOS. EL MOVIMIENTO OBRERO Y LOS MOVIMIENTOS CULTURALES.....	36
III. EL PASO DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	38
CAPÍTULO 3: EL CONCEPTO DE “DERECHOS COLECTIVOS” Y LOS PROBLEMAS DE LA CATEGORÍA	45
I. EL CONCEPTO DE DERECHOS COLECTIVOS	47
1. <i>Titularidad:</i>	50
(i) Los grupos como titulares de derechos: perspectiva conceptual	50
(ii) La existencia de derechos colectivos en un determinado ordenamiento jurídico.....	54
2. <i>Bienes colectivos como objeto de los derechos:</i>	58
3. <i>Los destinatarios del derecho:</i>	63
II. LOS PROBLEMAS NORMATIVOS Y PRAGMÁTICOS DE LA CATEGORÍA	65
1. <i>El debate normativo:</i>	65
(i) «Los grupos no serían agentes morales»	67
(ii) «Los grupos no tendrían un valor independiente del valor de sus miembros»	76
(iii) «Los derechos colectivos serían redundantes con los derechos individuales».....	81
(iv) «Si otorgamos derechos a los grupos oprimimos a los individuos».....	85
(v) «Los derechos de grupo generarían problemas muy graves de cooperación social»	91
(vi) «Los efectos beneficiosos de los derechos de grupo no estarían garantizados».....	92
2. <i>El debate pragmático:</i>	92
(i) «Los límites del grupo no serían a menudo nítidos»	93
(ii) «Muchos de los grupos para los que se reclaman derechos albergarían otros grupos en su interior identificables con el mismo criterio»	94
(iii) «Todo grupo estaría compuesto de miembros de otros grupos que lo cruzarían transversalmente»	94
(iv) «Los grupos serían dinámicos»	95
(v) «Tratar de definir con precisión a estos grupos general problemas de infra y suprainclusión»	96
CAPÍTULO 4: EL RECHAZO DE LA ASOCIACIÓN ENTRE DERECHOS SOCIALES Y DERECHOS COLECTIVOS 99	
I. LOS DERECHOS SOCIALES SON (CASI) SIEMPRE DERECHOS INDIVIDUALES	100
1. <i>«El titular no sería el grupo sino la persona, pero a menudo estaría “situada”»:</i>	101
(i) El titular no sería el grupo... ..	101
(ii) ... sino la persona, a menudo “situada”:	106
2. <i>«Los derechos sociales protegerían sobre todo intereses y/o necesidades individuales»:</i>	112
(i) El debate sobre los intereses colectivos o individuales protegidos por los derechos sociales	112
(ii) ¿Necesidades individuales o necesidades colectivas?	119

3.	«El ejercicio y la defensa de los derechos sociales, a veces, son colectivos, pero eso no afecta a la titularidad»:	122
	(i) Algunos interrogantes	122
	(ii) La titularidad y el ejercicio	125
	(iii) La defensa y legitimación	129
II.	LA RECONFIGURACIÓN DEL SUJETO DE DERECHOS HUMANOS:	134
1.	La erosión de la concepción moderna del sujeto:	135
2.	El proceso de especificación y la universalidad de los derechos humanos:	142
	(i) La universalidad material como rasgo de todos los derechos humanos	143
	(ii) Principales tipos de reacciones frente a esta tesis	144
3.	La articulación de la igualdad formal y la igualdad material:	148
CAPÍTULO 5: ¿HAY DERECHOS SOCIALES QUE SEAN COLECTIVOS?		163
I.	LOS TEXTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS SOCIALES COLECTIVOS	163
	1. La doctrina académica:	163
	2. Las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:	168
II.	LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS Y LOS DERECHOS SOCIALES COLECTIVOS	174
	1. Algunos ejemplos según la doctrina académica y jurisprudencial:	175
	2. ¿Por qué pueden ser derechos fundamentales los derechos colectivos?	184
CONCLUSIONES		193
BIBLIOGRAFÍA		199
I.	OBRAS CONSULTADAS	199
II.	JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA CUASI JURISPRUDENCIAL CONSULTADA:	209

INTRODUCCIÓN

I. CONTEXTO

La categoría de derechos económicos, sociales y culturales ha sido, desde sus orígenes hasta hoy, una categoría controvertida. A menudo ha sido definida por oposición a las categorías de derechos civiles y derechos políticos, afirmando por ejemplo su naturaleza prestacional, su peculiar titularidad, la primacía de su dimensión objetiva frente a la subjetiva o su diferente fundamentación. Estos caracteres han dado pie a diversos discursos que sostienen que los derechos económicos, sociales y culturales no son verdaderos derechos fundamentales en los textos de Derecho positivo –por lo menos, no al mismo nivel que los derechos civiles y políticos– o no deberían serlo en caso de que los ordenamientos jurídico-positivos les hubieran dado este rango¹.

No obstante, en la última década, una línea de defensa de los derechos económicos, sociales y culturales en sede académica ha sido precisamente la de cuestionar tales características y afirmar la continuidad estructural y axiológica de las tres categorías de derechos². En particular, tales afirmaciones se apoyan en dos tipos de argumentos: (i) en ocasiones, se niega que los derechos económicos, sociales y culturales se caractericen efectivamente por los susodichos rasgos, rasgos que –se dice– los inhabilitarían para constituirse en derechos fundamentales al mismo nivel que los derechos civiles y políticos; (ii) en otras, sin embargo, se sostiene que tales rasgos, en realidad, estarían presentes no sólo en los derechos económicos, sociales y culturales sino también en las otras dos categorías de derechos sin que ello haya supuesto para estas últimas menoscabo alguno de su condición de derechos fundamentales³. Esta línea de defensa académica se ha visto además complementada por los esfuerzos realizados en el seno de las Naciones Unidas para defender la idea de que todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, como consta por ejemplo en la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993⁴.

¹ AÑÓN ROIG, M^a. J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*. 2^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 61-82.

² Aunque a menudo los derechos civiles y políticos se analizan conjuntamente como una categoría de derechos, se seguirá aquí la línea que sostiene que los derechos civiles y los derechos políticos constituyen dos categorías diferentes. Vid. por ejemplo PECES-BARBA, G. “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 1998, núm. 6, pp. 30-31; RODRÍGUEZ PALOP, M^a. E. *La nueva generación de Derechos Humanos: origen y justificación*. 2^a ed. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 93-97.

³ Así puede desprenderse, por ejemplo, del análisis que ofrece al respecto GARCÍA MANRIQUE, R. “Los derechos sociales como derechos subjetivos”. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 2010, núm. 23, p. 74.

⁴ Doc. ONU A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993 [en línea]. Disponible en Internet en la siguiente dirección [consulta: 17 de agosto de 2012]: [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument)

II. OBJETO DEL TRABAJO

El presente trabajo de investigación se centra en una de las supuestas características atribuidas a los derechos económicos, sociales y culturales, con el objeto de analizar en qué medida esta caracterización tiene o no fundamento: en particular, se analizará el debate en torno a la condición de estos derechos como *derechos colectivos* –o, también, *derechos de los grupos*– y se abordarán las siguientes preguntas: ¿está la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales constituida por *derechos colectivos* o se trata por el contrario de *derechos individuales*? ¿Tiene esta categoría de derechos una especial dimensión colectiva? ¿Se trataría de un rasgo diferencial de estos derechos frente al resto de categorías? Aunque este debate haya cobrado especial relevancia hoy en día con la nueva generación de derechos, lo cierto es que –como se irá viendo– también se ha planteado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales.

Para hacer frente a esta polémica, a lo largo del presente trabajo de investigación se propone realizar el siguiente recorrido, dividido en cinco partes:

- (i) En el capítulo 1 se describirán algunos de los principales autores y argumentos que tradicionalmente se han atribuido a la defensa en sede académica de la caracterización de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos colectivos o derechos de los grupos.
- (ii) Seguidamente, en el capítulo 2 se analizarán algunas cuestiones relacionadas con el origen histórico y filosófico de estos derechos y que, según algunos autores, podrían haber influido a la hora de asociar los derechos económicos, sociales y culturales con una fuerte *dimensión colectiva* e inducido a hablar de derechos colectivos o de los grupos.
- (iii) En el capítulo 3, tratará de aportarse algo de luz sobre el concepto de derechos colectivos en proceso de consolidación –si es que tal concepto existe–, con el objeto de determinar si éste se halla relacionado con los aspectos referidos anteriormente o si, por el contrario, se aleja de algunas de las tesis expuestas. Asimismo, en este capítulo se describirán los principales problemas de tipo normativo y pragmático a los que se enfrenta una categoría como la de los derechos colectivos y que se hallan fuertemente relacionados con la misma existencia de este tipo de derechos y las disputas en cuanto a su concepto.
- (iv) Con tales herramientas, a lo largo de capítulo 4 tratará de determinarse si los derechos económicos, sociales y culturales *como categoría* son o no susceptibles de ser caracterizados como derechos colectivos o de los grupos. Para ello, se expondrán y analizarán los principales argumentos aportados en sede académica y jurisprudencial –o cuasi jurisprudencial– en torno a esta cuestión y su diferencia o no respecto a otras categorías de derechos.
- (v) Finalmente, el capítulo 5 se centrará en los derechos colectivos pertenecientes a la categoría de derechos económicos, sociales y culturales que, según algunos de los autores consultados, podrían identificarse en el Derecho internacional y entre los derechos fundamentales de los ordenamientos internos.

Cada uno de estos capítulos concluirá con una recapitulación que permita seguir la lectura y asentar algunas ideas preliminares. El trabajo se cerrará con unas conclusiones del conjunto de la exposición.

No se escapa que, a veces, cuando se plantean los interrogantes sobre la dimensión colectiva de los derechos sociales, a lo que se pretende remitir –o se termina remitiendo– es a la polémica sobre el predominio de la dimensión o función *objetiva* sobre la dimensión o función *subjetiva* en los derechos sociales. Según esta idea, los derechos sociales tenderían a ser o, incluso, *deberían ser* ante todo elementos esenciales del ordenamiento jurídico de la comunidad nacional, metas o fines comunitarios plasmados en normas objetivas, más que derechos subjetivos de las personas –o grupos, en su caso–⁵. Otras veces, lo que se defiende incluso es la recuperación de la concepción *política*, sin eficacia jurídica vinculante, de los derechos sociales⁶. Sin embargo, y aunque esas ramificaciones ofrecen sin lugar a dudas una interesante línea de investigación para el futuro, el presente trabajo ha limitado su alcance a la función subjetiva de los derechos sociales en lo que atañe a los interrogantes sobre si ésta se traduce en derechos colectivos o derechos individuales.

Este trabajo de investigación utiliza una metodología eminentemente descriptiva del estado de la cuestión, lo que no impedirá plantear en ciertos casos dudas o reflexiones críticas sobre los argumentos ofrecidos ni llegar a algunas conclusiones derivadas del recorrido realizado por los diversos autores y la jurisprudencia constitucional o doctrina cuasi-jurisprudencial consultada.

III. ALGUNOS PUNTOS DE PARTIDA

Antes de comenzar la exposición, resulta conveniente realizar algunas precisiones sobre los conceptos de *derechos humanos* y *derechos económicos, sociales y culturales* que, sin prejuzgarlos en exceso, sirvan como *punto de partida* desde el que poder analizar las distintas referencias académicas, jurisprudenciales y cuasi-jurisprudenciales.

En este sentido, sostiene L. Prieto Sanchís que cabe hablar de un «núcleo de certeza» o «contenido mínimo» del concepto de *derechos humanos*, susceptible de ser reconocido generalmente en la comunidad lingüística. Éste haría alusión a dos elementos, uno funcional y otro teleológico: (i) según el primero de ellos, los derechos humanos tendrían una cualidad legitimadora del poder en la cultura política contemporánea, en tanto que constituirían «reglas fundamentales para medir la justificación de las formas de organización política y, por tanto, para que éstas se hagan acreedoras a la obediencia voluntaria de los ciudadanos»⁷; (ii) según el segundo elemento, este tipo de derechos constituirían la traducción normativa de los

⁵ Así describe esta postura PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios de derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990, p. 189.

⁶ En esta línea, un interesante –a la par que polémico– artículo de F. Atria considera que «si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos». Y es que, para este autor, en tanto que los derechos subjetivos serían derechos *contra la comunidad política*, la idea comunitaria a la que responde la visión socialista de los derechos sociales no sería traducible al lenguaje de los derechos. Por eso, F. Atria pretende recuperar el concepto *político* de derechos. ATRIA, F. “¿Existen derechos sociales?”. *Discusiones*. 2004, núm. 4, pp. 15-59. En contra de esta postura, véase por ejemplo CRUZ PARCERO, J. A. “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”. *Discusiones*. 2004, núm. 4, pp. 71-98.

⁷ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios de derechos fundamentales*, cit., p. 20.

valores de dignidad, libertad e igualdad o, en otras palabras, vehículos a través de los cuales se habría tratado de conducir determinadas exigencias de las personas relacionadas con esos valores desde la esfera de la *moralidad* hasta la *legalidad*⁸. Como se desprende del elemento teleológico, el concepto mínimo de derechos humanos que aquí se mantiene combina tanto una dimensión ética como una dimensión jurídica. A partir de aquí se han desarrollado varias concepciones de estos derechos, según las distintas maneras de entender las dimensiones ética y jurídica así como su modo de articulación⁹.

Junto a este concepto mínimo de *derechos humanos* –y que resulta especialmente adecuado en el plano reivindicativo o de la justicia–, se utilizará la noción de *derechos fundamentales* como la versión de los derechos humanos presente en la constitución española de 1978 y, en general, en los textos de Derecho positivo –se entiende: respetando siempre el núcleo de certeza¹⁰. Así pues, los derechos humanos no se agotarían en principio en los concretos derechos fundamentales.

A veces, algunos autores reflexionan sobre los derechos humanos en términos de *derechos morales*, a los que se equipara o de los que los primeros –se dice– serían una subespecie¹¹. A lo largo del presente trabajo no podrán obviarse esta serie de referencias, pues resultan además muy comunes en el debate sobre los derechos colectivos. La de derechos morales es una expresión con gran aceptación en la cultura anglosajona y que se ha ido abriendo camino paulatinamente en el ámbito académico hispanoamericano¹²; sin embargo, su uso ha llegado a suscitar una gran polémica. Para sus defensores, los derechos morales constituyen una categoría propia que se desenvuelve en el plano de la moralidad y tiene *vocación* de juridicidad para adquirir eficacia y poder legitimar los ordenamientos jurídico-positivos. En ese sentido, la noción de “derechos” no sería sólo aplicable a los sistemas jurídicos sino también a

⁸ *Ibidem*.

⁹ Así lo afirma M^a. C. Barranco, quien hace referencia a tres grandes concepciones posibles: la *iusnaturalista*, la *iuspositivista* y la *dualista*. BARRANCO AVILÉS, M^a. C. “El concepto de derechos humanos”. En: RAZ, J. et al. *El Derecho contemporáneo: lecciones fundamentales para su estudio*. [s.l.]: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, cop. 2004, p. 169. G. Peces-Barba es uno de los claros representantes de la concepción dualista, que exige la concurrencia simultánea e imprescindible de ambas dimensiones para poder hablar de derechos humanos –o, según la terminología que defiende, de derechos fundamentales–. De hecho, el autor llega a exigir una tercera dimensión, relativa a los factores extrajurídicos –sociales, económicos o culturales– susceptibles de hacerlos eficaces. PECES-BARBA, G. et al. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1999, pp. 40 y 101-112. A diferencia de la concepción dualista, G. Peces-Barba considera que las otras dos concepciones tienden a incurrir en reduccionismos: así, habla de (i) un reduccionismo *iusnaturalista*, que en su versión “propia” consideraría que la dimensión ética *constituye* Derecho, y de (ii) un reduccionismo *positivista*: este último constaría asimismo de una versión práctica, desinteresada a *efectos prácticos y técnicos* por la dimensión ética –sin negar su existencia–, y una versión teórica, que prescindiría de la dimensión ética para determinar el concepto de los derechos humanos y los concebiría como meras expresiones de la voluntad del soberano –en la línea del positivismo ideológico–. Esta última versión del reduccionismo positivista quedaría directamente fuera del concepto mínimo de derechos humanos según se ha explicado. *Ídem*, pp. 40-56.

¹⁰ En esta línea también se sitúa, por ejemplo, BARRANCO AVILÉS, M^a. C. “El concepto de derechos humanos”, *cit.*, p. 177.

¹¹ Entre los autores que equiparan ambos conceptos puede destacarse a E. Fernández y, entre los que consideran que los derechos humanos son un tipo de derechos morales, a F. J. Laporta o A. Ruiz Miguel, entre otros. Un estudio sobre esta cuestión puede verse en BARRANCO AVILÉS, M^a. C. *El discurso de los derechos: del problema terminológico al debate conceptual*. Madrid: Dykinson, 1996, pp. 56-57.

¹² Además de los autores anteriores, es el caso por ejemplo de C. S. Nino o J. García Añón.

otros tipos de sistemas normativos¹³. Sin embargo, entre las diferentes críticas procedentes de sus detractores –entre los que se encuentra G. Peces-Barba–, cabe destacar la de que esta noción sería difícil de distinguir de los *derechos naturales* e incurriría así en un «reduccionismo iusnaturalista impropio»¹⁴. Con todo, la polémica ha perdido parte de su virulencia en la medida en que se acepta que los derechos morales no adquieren carácter jurídico hasta su incorporación al Derecho y, por eso, la oportunidad de este término parece hoy en día depender más de la tradición o cultura de cada autor. Como ha señalado el propio G. Peces-Barba a pesar de sus críticas:

No se debe tampoco hacer un mundo de lo que puede ser una mera disputa verbal, puesto que todos partimos de que los derechos fundamentales son la última fase de un proceso que arranca de la moralidad. Probablemente, hay mucho más en común entre estos dos planteamientos que utilizan en un caso el término “pretensiones justificadas” o “reclamaciones”, “claim” en inglés, y en otro “derechos morales”¹⁵.

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, como ya se ha dicho, no hay consenso sobre su catálogo ni su caracterización¹⁶. En este trabajo, y sin olvidar la doble dimensión del concepto de derechos humanos señalada en las líneas anteriores, se optará *como punto de partida* por la solución convencional que los identifica con los recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas de 1966 (“**PIDESC**”)¹⁷, así como con los demás derechos *similares* que se encuentran en los ordenamientos constitucionales nacionales y los tratados y declaraciones internacionales pertenecientes al sistema universal de protección de derechos humanos¹⁸. En línea similar se

¹³ Así se describe en BARRANCO AVILÉS, M^a. C. “El concepto de derechos humanos”, cit., p. 172. Esta última postura queda bien representada en LAPORTA, F. J. “El concepto de derechos humanos”. *Doxa*. 1987, núm. 4, pp. 23-46.

¹⁴ En especial, se dice que a los derechos morales se les podrían seguir oponiendo las críticas dirigidas a los derechos naturales pues, a pesar de no confundir la moral con el Derecho, los derechos morales conservarían la misma función que los derechos naturales y en ese sentido pecarían de defectos similares. A estos efectos, véase por ejemplo, la crítica que a la terminología y concepto de derechos morales se realiza en PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 31-36 y 48-52.

¹⁵ Ídem, p. 49.

¹⁶ Ni siquiera su denominación está libre de debate, pudiéndose encontrar referencias a los “derechos sociales”, a los “derechos económicos y sociales” o a los “derechos económicos, sociales y culturales”, esta última la más extendida entre los textos internacionales. Véase sobre este particular, por ejemplo, DE CASTRO CID, B. *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. León: Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 1993.

¹⁷ No obstante, cabe matizar que el derecho a la autodeterminación de los pueblos suele ser incluido en el catálogo de derechos de cuarta generación, con los que guarda más semejanzas. Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ PALOP, M^a. E. *La nueva generación de Derechos Humanos: origen y justificación*, cit., p. 120.

¹⁸ A estos efectos, *destacan* en este sistema los arts. 22-27 de la Declaración Universal de Naciones Unidas de 1948 (“**DUDH**”) y los convenios internacionales celebrados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (“**OIT**”), si bien a lo largo del presente trabajo se irán mencionando algunos tratados más. La limitación del alcance de este trabajo en el ámbito internacional al sistema universal de protección obedece a la necesidad de acotar la investigación y no a cuestiones materiales de ningún tipo, en tanto que en otros sistemas regionales también constan importantes textos de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Por ejemplo, en cuanto al *sistema europeo* de protección, sin ánimo de exhaustividad, son representativos los siguientes: (i) en el ámbito del Consejo de Europa, la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Social Europea Revisada de 1996 –sin perjuicio de algunos derechos sociales incluidos en los protocolos adicionales del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales–; (ii) en el ámbito de la Unión Europea, la Carta

han pronunciado –tan sólo por citar algunos ejemplos– autores como F. J. Laporta¹⁹ o A. Rossetti²⁰. Esta definición, ampliamente aceptada, evita prejuzgar el concepto de derechos económicos, sociales y culturales –o, como señala F. J. Laporta, eludir peticiones de principio– sin perjuicio de que a lo largo del presente trabajo se perfilen más algunos de sus rasgos.

Partiendo de estas normas, se asumirá en principio –sin ánimo de exhaustividad– que esta categoría está constituida por derechos como el derecho a la educación, el derecho a trabajar y a determinadas condiciones laborales, el derecho a la protección de la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la huelga, el derecho a la negociación colectiva, a la libertad sindical, a participar en la vida cultural y también derechos como los de las madres y los niños a su protección. Asimismo, y en tanto se hallan relacionados con los derechos culturales, también se incluirán en esta definición los derechos de las minorías culturales, si bien las categorías no son nítidas en este caso²¹.

Finalmente, a los efectos de facilitar la lectura de la exposición, se abreviará la denominación de esta categoría de derechos mediante su sustitución con carácter general por la “**derechos sociales**”, a pesar de que ambos términos no resulten del todo equivalentes.

Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 –enmendada en 2007 con motivo de la firma del Tratado de Lisboa–.

¹⁹ LAPORTA, F. J. “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”. En: BETEGÓN *et al.* (coords.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 298. Nótese que F. J. Laporta excluye el derecho de autodeterminación de la categoría de derechos sociales, como ya se ha dicho que es tendencia mayoritaria.

²⁰ ROSSETTI, A. “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”. En: RIBOTTA, S.; ROSSETTI, A. (eds.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 105.

²¹ En efecto, a veces se incluyen estos derechos entre los derechos sociales, otras entre los derechos políticos y otras entre los derechos de cuarta generación. M^a. J. Añón *et al.* incluyen en su volumen sobre derechos sociales reflexiones sobre los derechos culturales de las minorías –con especial referencia a la identidad cultural–. Vid. AÑÓN ROIG, M^a J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, cit., pp. 230-242. En cambio, entre los autores que los han encuadrado entre los derechos de la cuarta generación cabe referirse a J. de Lucas o G. Jáuregui. Vid. DE LUCAS, J. *El concepto de solidaridad*. México: Fontamara, 1993, p. 30; JÁUREGUI, G. “Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible”. En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 53. Expresamente en contra de estas últimas posturas, vid. RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La nueva generación de Derechos Humanos: origen y justificación*, cit., p. 88.

CAPÍTULO 1: LA DEFENSA ACADÉMICA DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS COLECTIVOS

Como ya se ha avanzado, no es infrecuente en la literatura jurídica acerca de los derechos sociales leer reflexiones acerca de su disputada configuración como *derechos colectivos*¹. Y es que a menudo se han contrapuesto los *derechos sociales* a los *derechos individuales*, estos últimos en referencia a los derechos civiles y políticos².

Dos de los autores que en nuestro país han pretendido *describir* con cierto detalle los términos originales que dan pie a la susodicha polémica son B. de Castro Cid y F. J. Contreras Peláez³, cuya exposición ha servido como referencia para varias obras posteriores en materia de derechos sociales⁴. Así, B. de Castro Cid y F. J. Contreras Peláez citan algunos de los autores que, a su modo de ver, reflejan la caracterización de los derechos sociales como *derechos colectivos* o *derechos de los grupos*, calificativo que para ambos parece remitir a la *titularidad* de tales derechos⁵: en especial, los dos han coincidido puntualmente al citar al francés –de

¹ Entre otros, afrontan directamente el debate los siguientes autores: AÑÓN ROIG, M^a. J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., pp. 62-66; CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994, pp. 29-32; DE CASTRO CID, B. *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, cit., pp. 25-26 y 31-32; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. "Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento". En: VV.AA. *Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales: estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba, vol. III*. Madrid: Dykinson, 2008, pp. 632-636; HUMPHREY, J. "La Declaración internacional de derechos: estudio crítico". Baravalle, G. (trad.). En: DIEMER, A. et al. *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Paris, etc.: Unesco; Serbal, 1985, p. 69; MARTÍ DE VESES PUIG, C. "Normas internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales". *Anuario de derechos humanos*. 1983, núm. 2, pp. 286-288; MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 98-103; MAZZIOTTI, M. "Diritti sociali". *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII. Milano: Giuffrè, 1964, pp. 804-805; PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*. 8^a ed. Madrid: Tecnos, 2004, pp. 205-211; PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, pp. 72-75; REY PÉREZ, J. L. "La naturaleza de los derechos sociales". *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 2007, núm. 16, pp. 150-151.

² Así lo han puesto de manifiesto, por ejemplo, BURDEAU, G. *Les libertés publiques*. 4^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972, pp. 97-98; RICOEUR, P. "Fundamentos filosóficos de los derechos humanos: una síntesis". En: DIEMER, A. et al. *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. cit., p. 10 o PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9^a ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 86, todos ellos en contra de la supuesta contraposición.

³ DE CASTRO CID, B. *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, cit., pp. 25-26 y 31-32; vid. también DE CASTRO CID, B. "Los derechos sociales: análisis sistemático". En: VV.AA. *Derechos económicos, sociales y culturales: para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos: actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, Murcia, diciembre, 1978*. Murcia: Universidad de Murcia, 1981, pp. 14-18; CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 29-32.

⁴ Entre los autores que citan y se apoyan en los textos anteriores para plantear los orígenes del debate, véanse por ejemplo MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., pp. 98-103; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. "Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento", cit., pp. 632-636.

⁵ La asociación del término con la titularidad se desprende de las propias declaraciones de ambos autores –especialmente en sus réplicas a las posiciones académicas que citan– y también, en el caso de F. J. Contreras Peláez, de la ubicación sistemática de sus reflexiones. Sobre las posiciones de B. de Castro

origen ruso— G. Gurvitch y al italiano F. Pergolesi⁶. Sin embargo, cabe matizar que tampoco existe consenso sobre la interpretación correcta de estos dos últimos autores. De hecho, el propio B. de Castro Cid parece haber cambiado de opinión cuando, en obras posteriores, se decide a incluir a F. Pergolesi entre los que se inclinarían hacia la inadmisibilidad de la identificación de los derechos sociales con los derechos colectivos⁷. Paralelamente, mientras que las tesis de G. Gurvitch le parecen a F. J. Contreras Peláez representativas de un «comunitarismo radical», A. E. Pérez Luño se sirve de ellas para sostener una explicación en clave más individualista de los intereses protegidos por esta categoría de derechos⁸. La presencia de interpretaciones diversas hace particularmente conveniente la exposición directa de las principales ideas de ambos autores controvertidos, más aún cuando se han detectado algunas simplificaciones o frases ambiguas no carentes de relevancia sobre las tesis por ellos sostenidas. Además de a estos dos autores, a lo largo de las líneas siguientes se hará referencia a otros que representan desarrollos semejantes o que aportan nuevas ideas a la discusión, así como algunos que se limitan a describir e interpretar las tesis por ellos defendidas.

Para G. Gurvitch los derechos sociales en sentido subjetivo derivarían de una noción peculiar de *Derecho social* que, como él mismo sostiene, distaría de la tradicional identificación con la legislación estatal acerca de la *cuestión social* o con el Derecho público⁹. El Derecho social constituiría para él más bien un “*Derecho de integración*”, una forma de producción autónoma del Derecho eminentemente colectiva, horizontal y pluralista —en tanto que creada por la diversidad de grupos sociales—¹⁰. Partiendo de estas consideraciones previas, G. Gurvitch define a los derechos sociales en su propuesta de *declaración de derechos sociales* de una forma que algunos consideran ya “clásica”¹¹:

Cid y F. J. Contreras Peláez, contrarias a la identificación de la categoría con los derechos colectivos, véanse los capítulos 4 y 5.

⁶ En particular, B. de Castro Cid cita en una de sus obras a los dos autores señalados y, también a E. Fechner y L. Le Fur. DE CASTRO CID, B. “Los derechos sociales: análisis sistemático”, cit., p. 14. Por su parte, F. J. Contreras Peláez incluye a los dos autores señalados y a W. Hamel o R. Smend, por ejemplo. CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 29. También el italiano M. Mazziotti cita a F. Pergolesi y L. Le Fur entre los autores próximos a esa concepción de los derechos sociales. MAZZIOTTI, M. “Diritti sociali”, cit., p. 804.

⁷ DE CASTRO CID, B. *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, cit., p. 25.

⁸ Véanse CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 29 y PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 86. Por desgracia, F. J. Contreras Peláez no cita expresamente la obra ni el pasaje concreto que le impulsan a atribuirle esta posición, como tampoco lo hace con F. Pergolesi.

⁹ GURVITCH, G. *La idea del Derecho social*. Moreneo Pérez, J. L.; Márquez Prieto, A. (trads.). Granada: Editorial Comares, 2005, pp. 171-177.

¹⁰ MORENEO PÉREZ, J. L.; MÁRQUEZ PRIETO, A. “Estudio preliminar: la «idea del Derecho social» en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch”. En: GURVITCH, G. *La idea del Derecho social*, cit., p. XV y ss. De hecho, como describen M^a. J. Fariñas Dulce y A. J. Arnaud, el pensamiento de G. Gurvitch está asociado a la defensa incondicional del principio del “pluralismo jurídico” frente a la reducción del Derecho al “Derecho estatal”: junto a este último, existiría ese “Derecho social” constituido por los sistemas jurídicos de las asociaciones o grupos intermedios, fundamentado en “hechos normativos” y basado en los fines, valores y objetivos defendidos por cada comunidad social. ARNAUD, A. J.; FARIÑAS DULCE, M^a J. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. 2^a ed. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid; Boletín Oficial del Estado, 2006, pp. 90-91.

¹¹ Así la califica PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 86.

... les droits de participation des groupes et des individus découlant de leur intégration dans des ensembles et garantissant le caractère démocratique de ceux derniers: droits du producteur, du consommateur et de l'homme à participer à la communauté nationale et à y collaborer sur pied d'égalité avec le citoyen; droit d'exercer un contrôle sur tout pouvoir de quelque façon qu'il surgisse dans un groupe ou un ensemble où l'intéressé est intégré; droits de tous les participants d'en appeler à un groupe ou un ensemble contre un autre groupe ou un autre ensemble, lorsque leur liberté se trouve menacée; droit à la liberté des groupes, à l'intérieur des groupes et entre les groupes¹².

Debe recalcar que no por el hecho de tratarse de una propuesta de declaración se está reconociendo que se trata de Derecho estatal. Muy al contrario, para G. Gurvitch el proyecto contendría tipos extra-estatales de Derecho social que emanarían de las comunidades de productores, de consumidores y de sus organizaciones y derechos que constituirían la prerrogativa del hombre¹³. Así, para este autor, completar las declaraciones de derechos existentes con una declaración de derechos sociales sería proclamar los derechos de los productores, de los consumidores y del hombre, *en cuanto individuos y en cuanto grupos*, a una participación efectiva en todos los aspectos de la vida, del trabajo, de la seguridad, del bienestar, de la educación, de la creación cultural, así como en todas las posibles manifestaciones de la autonomía política y de la acción judicial. Sería, en fin, proclamar el derecho *de los individuos, de los grupos y de sus conjuntos* a una organización pluralista de la sociedad¹⁴.

En cuanto al italiano F. Pergolesi, sus posiciones se centran en el tipo de intereses protegidos por los derechos sociales, que pueden afectar a su regulación técnica en cuestiones como por ejemplo su titularidad o su ejercicio. Este autor entiende que la distinción entre “social” e “individual” no debe contemplarse en sentido absoluto sino convencional, en tanto que todo derecho sería, al mismo tiempo, social e individual¹⁵. Sin embargo, desde esa perspectiva convencional, que se centraría en la *intensidad* de la dimensión social, los derechos sociales serían aquéllos cuya finalidad inmediata es la satisfacción de intereses colectivos –e, indirectamente, individuales–:

... intendendo cioè per diritti sociali quelli che hanno per finalità preminente o più immediata il soddisfacimento di interessi collettivi (e di riflesso individuali) e per diritti individuali quelli che hanno per finalità preminente od immediata interessi individuali (e di riflesso collettivi). Da questa posizione finalistica (politica) discende una particolare regolamentazione tecnica (giuridica), sia di titolarità sia di esercizio, sia di struttura sia di funzionamento. [...] Emtrambi i tipi

¹² GURVITCH, G. *La déclaration des droits sociaux*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1946, p. 79: «... los derechos de participación de los grupos y de los individuos que se derivan de su integración en conjuntos y que garantizan el carácter democrático de estos últimos: derechos del productor, del consumidor y del hombre a participar en la comunidad nacional y a colaborar en ella en pie de igualdad con el ciudadano; derecho a ejercer control sobre todo poder cualquiera que sea la forma en que éste surja en un grupo o un conjunto en el que esté integrado el interesado; derechos de todos los participantes a apelar a un grupo o un conjunto contra otro grupo u otro conjunto cuando su libertad se encuentre amenazada; derecho a la libertad de los grupos, en el interior de los grupos y entre los grupos». En cursiva en el original. El subrayado es de la autora.

¹³ Ídem, p. 78.

¹⁴ Ídem, pp. 79-80.

¹⁵ PERGOLESI, F. *Alcuni lineamenti dei "Diritti sociali"*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 9.

di diritto partono tuttavia da uno stesso punto e convergono verso una stessa, ultima finalità: l'uomo¹⁶.

Precisamente porque la finalidad última sería el hombre, F. Pergolesi parece defender la conciliación de las exigencias individuales y colectivas con ese objetivo final, como se desprendería por ejemplo de su interpretación de la constitución italiana de 1947¹⁷.

La tesis de este autor no resulta extraña en el contexto constitucional del que parte, puesto que –como describe A. Baldassarre–, la constitución italiana cualificaría a los derechos sociales –previa definición de los ámbitos de la vida social o comunitaria considerados necesarios para el libre desarrollo de la personalidad– como «formaciones originarias» estructuralmente independientes del Estado: por ejemplo, la familia, la escuela, el trabajo o la Iglesia, dando lugar así a los derechos de las llamadas *societades intermedias* o *grupos menores*¹⁸. En efecto, F. Pergolesi reconoce la importancia que la tutela de esas formaciones intermedias tiene en un Estado «solidarista» como el italiano y se remite en varias ocasiones a G. La Pira, miembro de la comisión preparatoria de la constitución: para este último, el individuo sería necesariamente miembro de una serie de comunidades como la familiar, la religiosa, la del trabajo, la local o la nacional, a las que debían reconocerse derechos fundamentales cuya violación constituiría asimismo una vulneración de los derechos fundamentales de la persona –al hacer ilusoria su libertad–¹⁹.

De un modo no muy lejano, P. Schneider enfatiza la importancia creciente que para las nuevas doctrinas de derechos humanos tendrían las instituciones sociales no estatales²⁰. De hecho, para este autor los derechos sociales reunirían al menos uno de estos dos rasgos: (i) tratarse de derechos a beneficiarse de ciertas prestaciones o asistencia, y/o (ii) tratarse de derechos de grupo, como se desprende de la siguiente afirmación –que, por cierto, pone de manifiesto el objetivo último que para el autor tendrían estos derechos–:

Nevertheless the structural differences between the different categories of rights must not be ignored. It is no accident that social rights, in the form of entitlements to benefit and of group rights, are often described as creating the *conditions* under which the individual can achieve self-determination²¹.

De ahí los derechos de las instituciones sociales no estatales recogidos en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, entre los que P. Schneider destaca los de la familia y el matrimonio, de una parte, y los de las instituciones de autogobierno –como las organizaciones de trabajadores y

¹⁶ Ídem, pp. 9-10: «... entendiendo por lo tanto por derechos sociales aquéllos que tienen por finalidad principal o más inmediata la satisfacción de intereses colectivos (y por reflejo individuales) y por derechos individuales aquéllos que tienen por finalidad principal o inmediata intereses individuales (y por reflejo colectivos). De esta posición relativa a la finalidad (política) se deriva una particular regulación técnica (jurídica), ya sea en su titularidad, en su ejercicio, en su estructura o en su funcionamiento. [...] Ambos tipos de derechos parten sin embargo de un mismo punto y convergen hacia una misma finalidad última: el hombre». El subrayado es de la autora.

¹⁷ Ídem, pp. 34-35 y 40-41.

¹⁸ BALDASARRE, A. *Los derechos sociales*. Perea Latorre, S. (trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 93-95.

¹⁹ PERGOLESI, F. *Alcuni lineamenti dei "Diritti sociali"*, cit., p. 21. Así se desprendería de las actas de la comisión preparatoria de la constitución italiana de 1947.

²⁰ SCHNEIDER, P. "Social Rights and the Concept of Human Rights". Sylvia Raphael (trad.). En: RAPHAEL, D. D. (ed.). *Political theory and the rights of man*. London, etc.: Macmillan, 1967, p. 85.

²¹ Ídem, p. 92. En cursiva en el original. El subrayado es de la autora.

empresarios, los partidos políticos o la autonomía universitaria–, de otra²². Un caso notable en el que confluirían ambos sentidos –dice– sería el derecho de toda madre a la protección y asistencia estipulada por el art. 6.4 de la Ley Fundamental de Bonn: y es que sería *social* (i) en el sentido de que llamaría a la *acción social* pero, también, (ii) en tanto que no pertenecería al individuo como individuo sino que se derivaría de una *relación social y función*²³ –o, como señala posteriormente, de la pertenencia a un grupo²⁴–.

En su análisis, B. de Castro Cid también se remite a la descripción que de estas posturas hace el francés G. Burdeau. Según este último, esta concepción de la legislación social parte de que el beneficiario directo del derecho sería el grupo en cuestión –y, a través de él, el individuo–, pues el motivo por el que se aplicarían estas medidas residiría en el beneficio que la colectividad puede esperar de su implementación.

Il serait ainsi inexact de voir dans la législation du travail ou dans celle de l'assurance, de l'utilisation des loisirs, de la protection de la vieillesse ou de la maternité, par exemple, une prise en charge par le Droit de ce qui a trait au bien-être de l'individu, à sa moralité, à sa santé, dans le seul but de protéger son intégrité physique et morale. En réalité, toutes ces mesures, que l'on range à juste titre sous la rubrique législation sociale sont commandées par le profit que la collectivité tout entière peut attendre de leur réalisation. L'individu en est le bénéficiaire, mais parce que le groupe y trouve également son avantage. C'est donc seulement à travers le groupe auquel il appartient que l'homme peut être considéré comme destinataire du Droit²⁵.

Ahora bien –sigue describiendo G. Burdeau–, ello no obstaría a que el fin último del Derecho siguiera siendo el ser humano, puesto que la razón de ser de la ordenación de la sociedad no sería otra que el bien de las personas que la componen. Y es que en estos casos la plenitud del individuo no podría lograrse más que a través del bien colectivo²⁶.

²² Ídem, pp. 90-91. Para este autor, la posición de los partidos políticos en la Ley Fundamental de Bonn sería una cuestión de estructuras sociales extra-estatales a las que se les habría delegado el deber público de facilitar la acción de los ciudadanos activos políticamente y a los que, en lo que a este deber respecta, se les habrían atribuido constitucionalmente derechos sociales específicos (en el sentido de derechos de grupo). Ídem, p. 91.

²³ Ídem, p. 88.

²⁴ Ídem, p. 90: «In so far as one can derive subjective rights from the regulations of Article 6 of the Basic Law, it is not a question of rights which were originally individual, but of those which come from belonging to a group, of social rights in the sense of group rights» («En la medida en que se puedan derivar derechos subjetivos de las normas del artículo 6 de la Ley Fundamental, no se trata de derechos que sean originariamente individuales, sino de aquéllos que provienen de la pertenencia a un grupo, de derechos sociales en el sentido de derechos de grupo»).

²⁵ BURDEAU, G. *Les libertés publiques*, cit., p. 7: «Sería así inexacto ver en la legislación del trabajo o en la del seguro, de la utilización del ocio, de la protección de la vejez o de la maternidad, por ejemplo, la toma en consideración por el Derecho de lo que afecta al bienestar del individuo, de su moralidad, de su salud, con el único propósito de proteger su integridad física y moral. En realidad, todas estas medidas, que se sitúan con justo título bajo la rúbrica de legislación social, se exigen por el beneficio que la colectividad entera podría esperar de su realización. El individuo es su beneficiario, pero sólo porque el grupo encuentra igualmente un beneficio. Es por lo tanto solamente a través del grupo al que pertenece que el hombre puede ser considerado como destinatario del Derecho». El subrayado es de la autora.

²⁶ *Ibidem*: «Ce qui n'implique pas d'ailleurs qu'il [l'homme] cesserait d'être la fin du Droit puisque la société dont l'aménagement doit être seul tenu pour l'objet du Droit n'a elle-même d'autre raison d'être que le bien des hommes qui la composent. Pour certain que soit le rôle de la collectivité et de l'ordre selon lequel elle s'organise dans la réalisation des conditions nécessaires à l'épanouissement de l'individu, ce résultat ne peut et ne doit être visé qu'à travers le bien collectif» («Lo que no implica por otra parte que éste [el hombre] deje de ser el fin del Derecho, ya que la sociedad cuya ordenación ha de ser considerada como único objeto del Derecho no tiene otra razón de ser que el bien de los hombres

A juicio de B. de Castro Cid y de F. J. Contreras Peláez, posiciones como las de G. Gurvitch o F. Pergolesi y las descritas por G. Burdeau representarían la caracterización de los derechos sociales como *derechos colectivos o de los grupos*²⁷. Esto es, en palabras de B. de Castro Cid, «los derechos propios de los grupos o colectividades humanas *en cuanto tales* (trabajadores, familia, niños, mujeres, ancianos, minusválidos, minorías étnicas, culturales o religiosas, naciones, etc.)»²⁸.

Así pues –continúa–, para esta concepción serían derechos sociales aquellos derechos que han de serle reconocidos a las personas en atención a los intereses o necesidades que les afectan por su *pertenencia* a determinadas agrupaciones sociales. Y, en este sentido, esa categoría de derechos aparecería como resultado del triunfo de la creencia en que el aspecto más decisivo de la existencia humana sería su incardinación en las colectividades sociales y que, por tanto, el hombre sería sujeto de derechos no tanto *en cuanto individuo* como en cuanto *miembro de agrupaciones sociales*²⁹.

Siguiendo esta línea, F. J. Contreras Peláez mantiene que las posiciones anteriormente referidas «parecen ver en los derechos sociales [...] otros tantos *cauces* cuya finalidad es canalizar la contribución del individuo a la tarea comunitaria. El verdadero sujeto, el verdadero beneficiario de los derechos sociales, sería la comunidad»³⁰. Por lo tanto, esta concepción enfatizaría cómo las políticas sociales generarían una *cohesión social* cuyo beneficiario último sería la comunidad³¹. Como apunta F. J. Contreras Peláez acudiendo a una expresión de R. Smend, se verían estos derechos como valores «forjadores de comunidad»³².

No obstante, si se analiza con atención la descripción de G. Burdeau y las palabras de los autores citados, no se concluye claramente que estos autores estén sosteniendo que los derechos sociales *como categoría* sean *derechos colectivos*, aunque sin duda los dotan de una relevante dimensión colectiva. Ya se ha advertido además de que la interpretación de las tesis de algunos de estos autores es muy controvertida, hasta el punto de que en ocasiones éstas se han utilizado para defender posturas diferentes a las que B. de Castro Cid o F. J. Contreras Peláez les atribuyen. Lo cierto es que en algunas de estas interpretaciones cabe apreciar omisiones o ambigüedades que simplifican en parte el discurso de los autores haciéndolo mucho más colectivista. Así sucede por ejemplo cuando se decide ignorar las referencias a los derechos del hombre que incluye G. Gurvitch entre los propios derechos sociales y a cómo, para él, se trataría también de derechos «en cuanto individuos» y no sólo «en cuanto grupos»³³. O, asimismo, cuando se obvia el importante dato de que –según plantean muchos

que la componen. Por seguro que sea el rol de la colectividad y del orden según el cual ésta se organiza en la realización de las condiciones necesarias para la realización del individuo, este resultado no puede y no debe ser pretendido más que a través del bien colectivo»).

²⁷ DE CASTRO CID, B. “Los derechos sociales: análisis sistemático”, cit., p. 14; CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 29.

²⁸ DE CASTRO CID, B. *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, cit., p. 25. La cursiva es de la autora.

²⁹ Ídem, pp. 25-26; DE CASTRO CID, B. “Los derechos sociales: análisis sistemático”, cit., p. 14.

³⁰ CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 29. En cursiva en el original.

³¹ Así lo describe MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., p. 99.

³² CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 29.

³³ Así parece suceder con DE CASTRO CID, B. “Los derechos sociales: análisis sistemático”, cit., p. 14; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. “Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento”, cit., p.

de estos autores– la *finalidad última* que pretende lograrse con los derechos sociales no deje de ser el bienestar del hombre, aunque ello tenga lugar de una manera claramente indirecta³⁴.

Con todo, lo que resulta claro es que esta polémica existe y que va más allá de la simple manera de interpretar a estos autores. Ya se ha avanzado al inicio de este apartado que un número no irrelevante de académicos se han planteado esta cuestión, y ello a menudo con independencia de los términos en que la polémica se presenta originariamente: diríase que ha ido adquiriendo entidad propia. Además, no dejan de localizarse afirmaciones dirigidas claramente hacia la consideración de los derechos sociales como derechos colectivos, provenientes incluso de autoridades ejecutivas de los textos internacionales de derechos humanos. Tal es el caso, por ejemplo, del Secretario General de las Naciones Unidas U Thant cuando en 1969 la Comisión de Derechos Humanos le solicitó la elaboración de un estudio preliminar sobre la realización de los derechos sociales de la DUDH y del PIDESC: según el entonces Secretario General, y a diferencia del enfoque individualista de las Declaraciones del siglo XVIII, los derechos sociales serían «por su propia naturaleza, derechos colectivos»³⁵. En un plano más académico –aunque también conectado al entorno de las Naciones Unidas–, el holandés T. C. van Boven ha señalado que «ciertos derechos son colectivos por naturaleza, como la mayor parte de los derechos económicos y sociales»³⁶. De manera reciente, A. Martínez de Bringas se ha referido a la «dimensión colectiva, comunitaria y grupal» que según él caracterizaría «intrínsecamente» a los derechos sociales, para conectarlos con el espíritu y naturaleza que atribuye a los derechos de los pueblos indígenas³⁷:

632.

³⁴ Sería el caso de CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 29; MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., p. 99. Surgen dudas en cuanto a la interpretación que A. E. Pérez Luño realiza de las tesis de F. Pergolesi, dada la ambigüedad y brevedad de la referencia que a él hace: parece asociarlo con la tesis de que los derechos sociales defienden *sólo* intereses colectivos, aunque bien pudiera estar sosteniendo justamente lo contrario. Sea como fuere, esta ambigüedad no ayuda a situar correctamente el pensamiento de F. Pergolesi. PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 86.

³⁵ Preliminary study of issues relating to the realization of economic and social rights contained in the Universal Declaration of Human Rights and in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, prepared by the Secretary General. Doc. ONU E/CN. 4/988, de 20 de enero de 1969: «20. The concept of human rights, which is derived largely from the “philosophies” which flourished in the eighteenth century, is essentially a political concept, and the “Declarations” which drew their inspiration from it were based on an individualistic approach [...]. // 21. Yet, economic and social rights are by their very nature collective rights. Where the State did not deny the existence of those collective rights, it intervened only to prohibit any outward expression of them. In certain countries, this took the form of banning “coalitions” –that is to say, particularly workers’ associations; and workers were to find themselves subject to police surveillance» («20. El concepto de derechos humanos, derivado en gran parte de las “filosofías” que florecieron en el siglo XVIII, es fundamentalmente un concepto político, y las “Declaraciones” que se inspiraron en él se basaron en un enfoque individualista [...]. // 21. Sin embargo, los derechos económicos y sociales son por su propia naturaleza derechos colectivos. Cuando el Estado no negó la existencia de esos derechos, intervino sólo para prohibir cualquier expresión externa de ellos. En algunos países, esto adoptó la forma de prohibiciones a las “coaliciones” –es decir, especialmente asociaciones de trabajadores; y los trabajadores se vieron sujetos a la vigilancia policial»).

³⁶ VAN BOVEN, T. C. “Criterios distintivos de los derechos humanos”. En: VASAK, K. (ed.). *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Paris, etc.: Unesco; Serbal, 1984, p. 94.

³⁷ MARTÍNEZ DE BRINGAS, A. “La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Una lectura política y jurídica desde los derechos sociales”. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 2010, núm. 23, p. 114.

Entre estos paralelismos [...] está el hecho de que los DES [derechos económicos y sociales] consideren, entre sus posibilidades, violaciones colectivas de derechos, cuestión alérgica y ajena a la tradición ilustrada de los derechos, avalado todo ello por una reductiva interpretación de los derechos civiles y políticos. El hecho de que los DES sean derechos de los grupos y para los grupos implica asumir el principio de reconocimiento colectivo como dimensión ínsita en la lógica de los derechos –exigencia nuclear para el reconocimiento de los derechos indígenas– diferenciando, a partir del potencial que implica el reconocimiento, la identidad e idiosincrasia de unos grupos frente a la totalidad amorfa con la que el Estado lee las diferencias culturales, sexuales, nacionales, religiosas, etc.³⁸

Además, sin más valor que el meramente ilustrativo del sentimiento de una época, puede traerse a colación la obra divulgativa *Les droits de l'homme*, del profesor francés J. Mourgeon, en la popularísima colección *Que sais-je?*³⁹ Para este autor, a partir del siglo XIX se habría producido un punto de inflexión en cuanto al beneficiario privilegiado de las reclamaciones de derechos, hasta el punto de que las reclamaciones contemporáneas se caracterizarían por un colectivismo –no siempre explícito– que haría primar el interés del grupo en lugar del de la persona como tal⁴⁰. Y así: «... un peu partout, les droits propres à la collectivité sont revendiqués comme conditions nécessaires des droits éventuels de chacun»⁴¹. Existiría por lo tanto una tendencia a la desaparición de la *persona*, en proceso de evanescencia tras los conjuntos, las multitudes agrupadas en pueblos o, en definitiva, los colectivos. Como se desprende de la cita anterior, los colectivos se estarían configurando como el paso obligado, como el medio necesario para llegar a la persona. De lo anterior sería prueba el reconocimiento del derecho de los pueblos a la libre determinación tanto en el PIDCP como en el PIDESC, pero también el predominio de las *categorías*⁴². He ahí –sostiene J. Mourgeon– el verdadero colectivismo:

Le véritable collectivisme est là : [...] dans la dispersion de l'individu en collectivités, par lesquelles il s'identifie et reçoit les droits afférents à son statut. [...] Dès lors que, ignorée, la personne ne détermine rien, elle ne saurait être affectée par la constitution et la variation des collectivités qui, seules en définitive, forment le corps social et peuvent bénéficier des droits dont l'individu ne tire avantage que par leur biais⁴³.

³⁸ *Ibidem*. En cursiva en el original. El subrayado es de la autora.

³⁹ Esta colección de la editorial Presses Universitaires de France ofrece desde 1941 libros de bolsillo sobre numerosos temas de la cultura contemporánea, todos ellos dirigidos al gran público y publicados por personas consideradas especialistas en la materia en cuestión. En particular, la obra de J. Mourgeon ha sido editada hasta ocho veces sucesivas, desde 1978 hasta 2003, y ha sido considerada por algunos como un “clásico” en Francia. Vid. TAVERNIER, P. “Jacques Mourgeon, penseur des droits de l'homme (1938-2005)” [en línea]. *Droits fondamentaux*. 2004, núm. 4, p. 6. Disponible en Internet: <http://www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/df4pthjm.pdf> [consulta: 16 de agosto de 2012].

⁴⁰ MOURGEON, J. *Les droits de l'homme*. 5^e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 1990, pp. 22-23. Nótese de todos modos que el autor no identifica esta tendencia expresamente con los derechos sociales, si bien –como se verá– la colocación del punto de inflexión en el siglo XIX denota una especial asociación con esta categoría de derechos. En realidad, el autor lo que está criticando de manera conjunta es todo el proceso de especificación y la incorporación de nuevos sujetos derechos humanos, procesos que serán tratados en el presente trabajo en diversas ocasiones.

⁴¹ *Ídem*, p. 23: «... aquí y allá, los derechos propios de la colectividad se reivindican como condiciones necesarias de los eventuales derechos de cada uno».

⁴² *Ídem*, pp. 42-48.

⁴³ *Ídem*, p. 47. «El verdadero colectivismo está ahí: [...] en la dispersión del individuo en colectivos, a través de los cuales se identifica y recibe los derechos correspondientes a su estatus. [...] En cuanto que, ignorada, la persona no determina nada, no puede quedar afectada por la constitución y la variación de

Hasta el momento se ha venido haciendo referencia a cuestiones relacionadas fundamentalmente con la *titularidad* de los derechos sociales o los *intereses* por ellos protegidos. Sin embargo, las reflexiones sobre la caracterización de los derechos sociales como derechos colectivos no se acaban aquí: la exposición de J. Rivero puede ser ilustrativa de las distintas maneras de entender los derechos colectivos que, progresivamente, se habrían ido abriendo paso junto a los derechos individuales: en función de su modo de ejercicio colectivo, de su sujeto pasivo colectivo o de su titularidad colectiva⁴⁴.

Así, el sentido de derechos colectivos más crucial hoy en día sería para este autor el que alude a la *titularidad* residenciada en grupos o sociedades humanas a la que ya se ha hecho alusión a lo largo del presente capítulo y cuyas primeras expresiones –señala– serían los derechos de la familia y también algunos derechos de minorías y grupos étnicos⁴⁵.

Sin embargo, la oposición más clásica entre derechos individuales y derechos colectivos –señala– estaría relacionada con su *modo de ejercicio*: en este sentido, (i) los derechos individuales podrían ser puestos en práctica personalmente según la sola voluntad de su titular –e.g., libertad de pensamiento y de opinión, libertad de circulación, derecho a la integridad–; (ii) en cambio, los derechos colectivos no podrían ejercerse más que si varias personas se ponen de acuerdo para utilizar juntos y en el mismo sentido el derecho que les pertenece –individualmente– a cada una de ellas. Ejemplos de derechos colectivos en este sentido serían la libertad de asociación, de reunión, la libertad sindical, el derecho de huelga o la libertad de culto –en cuanto implicaría una comunidad de fieles reunidos en la misma fe–⁴⁶:

... il est vrai que le droit syndical est reconnu à chacun et qu'il est, en ce sens, un droit individuel; mais l'action syndicale ne saurait être le fait d'un seul: le syndicat n'existe qu'autant qu'un certain nombre d'hommes unis par les mêmes intérêts professionnels s'accordent pour le créer. Ainsi du droit de grève –la cessation du travail, si elle est le fait d'un seul, n'est pas une grève–⁴⁷.

La anterior acepción no carece, como se ve, de relevancia, más aún teniendo en cuenta que en ocasiones –según señala A. E. Pérez Luño– se habría defendido que los derechos sociales sólo podrían ser ejercidos por los grupos⁴⁸.

los colectivos que, solos en definitiva, conforman el cuerpo social y pueden beneficiarse de derechos de los que el individuo no saca provecho más que de manera indirecta».

⁴⁴ RIVERO, J. "Les droits de l'homme: Droits individuels ou droits collectifs? Rapport général introductif". En : VV.AA. *Les droits de l'homme : droits collectifs ou droits individuels (Actes du Colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979)*. Paris: LGDJ, 1980, pp. 17-18. Para el autor, la manera de abrirse paso correspondería a las sucesivas *generaciones de derechos*, a las que se hará referencia en el capítulo 2 a continuación.

⁴⁵ Hoy en día esta cuestión –dice– se plantearía sobre todo respecto de los nuevos derechos como el derecho al desarrollo o a la paz y suscitaría numerosos problemas. Pregunta J. Rivero: ¿son los derechos del hombre propiedad exclusiva del "Hombre" en su esencia individual? ¿O pueden serlo también de las diferentes sociedades que los agrupan –e.g., familia, nación, colectividad local, etnia–? Ídem, pp. 18-19.

⁴⁶ Ídem, p. 17.

⁴⁷ Ibídem: «... es cierto que el derecho sindical se reconoce a cada uno y que es, en este sentido, un derecho individual; pero la acción sindical no es el hecho de uno solo: el sindicato no existe a menos que un cierto número de hombres unidos por los mismos intereses profesionales se pongan de acuerdo para crearlo. Lo mismo sucede con el derecho a la huelga –el cese en el trabajo, si es el acto de uno solo, no es una huelga– [...]».

⁴⁸ Así parece desprenderse de PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 86. Al igual que sucedía con F. Pergolesi, el autor parece atribuir esta posición a K. Kaskel, pero los

Finalmente, junto a estos dos sentidos J. Rivero habla de una tercera manera de entender los derechos colectivos, vinculada al *sujeto pasivo* colectivo y que, para él, afectaría especialmente a los derechos sociales según los concibe –como tantos otros autores–: así, (i) los derechos individuales serían los que el titular puede oponer a todos los demás individuos y que cada uno debe respetar –*e.g.*, las libertades clásicas, a las que la Declaración francesa de 1789 no imponía más límites que «los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos»–; (ii) en cambio, con los derechos sociales sucedería algo diferente, ya que al tratarse de derechos de crédito o prestación sus obligados no serían los individuos sino la *colectividad organizada*. Sería así –dice– para el derecho al trabajo, el derecho a la educación y a la cultura o el derecho a la protección de la salud⁴⁹.

Dans le préambule français de 1946, c'est la Nation qui garantit la protection de la santé, qui assure à tous les conditions de leur développement. Le droit au travail ne permet pas au chômeur d'exiger un emploi de tel ou tel chef d'entreprise, mais de demander à la Collectivité organisée [...] de conduire une politique économique et sociale telles que chacun puisse y trouver sa place et son salaire. Collectifs, ces droits, en ce sens que c'est la Collectivité qui assume la charge de les satisfaire⁵⁰.

Como se puede ver, de estas reflexiones de J. Rivero se desprende una identificación de los derechos sociales con los derechos colectivos entendidos como derechos cuyo sujeto pasivo sería colectivo⁵¹. Sin embargo, incluso si no se defiende que la categoría de derechos sociales

términos son tan ambiguos que la remisión a este autor podría estar, por el contrario, reforzando su propio argumento contra el ejercicio exclusivamente colectivo de los derechos sociales.

⁴⁹ RIVERO, J. "Les droits de l'homme: Droits individuels ou droits collectifs? Rapport général introductif", cit., pp. 17-18. Nótese que para el autor el derecho de huelga y la libertad sindical no se integran en la generación de los derechos sociales al no ser considerados "derechos de crédito". En el presente trabajo se ha rechazado esta visión de los derechos sociales, si bien es frecuente entre muchos autores. Véase por ejemplo MAZZIOTTI, M. "Diritti sociali", cit., pp. 804 y ss. o CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 17 y 21-23. Este último autor reconoce que la "positividad" o "negatividad" de las obligaciones del Estado no puede ser interpretada en términos absolutos, pero sí en cuestión de grado: así, para los derechos civiles y políticos –que identifica como *derechos-autonomía*– la intervención estatal presentaría un carácter contingente, mientras que para los derechos sociales representaría la sustancia, el *contenido esencial* del derecho. El derecho a la huelga y la libertad sindical serían a su juicio *derechos híbridos*, históricamente vinculados a la generación de derechos sociales pero estructuralmente afines a los derechos-autonomía, ya que de ellos se derivarían sobre todo obligaciones de no-interferencia para los poderes públicos. Sin embargo, al autor le resulta más rigurosa la clasificación según consideraciones técnicas que histórico-políticas. Ídem, pp. 17 y 21-23.

⁵⁰ RIVERO, J. "Les droits de l'homme: Droits individuels ou droits collectifs? Rapport général introductif", cit., p. 18: «En el preámbulo francés de 1946, es la Nación la que garantiza la protección de la salud, quien asegura a todos las condiciones de su desarrollo. El derecho al trabajo no permite al parado exigir un empleo a éste o aquél empresario, sino solicitar a la Colectividad organizada [...] la conducción de una política económica y social tales que cada uno pueda encontrar su lugar y su salario. Estos derechos son colectivos en el sentido de que es la Colectividad quien asume la carga de satisfacerlos».

⁵¹ Aquí, J. Rivero parece estar identificando los derechos sociales con lo que G. Peces-Barba denomina "normas de organización", cuyos destinatarios serían los poderes públicos, en lugar de con verdaderos derechos subjetivos. Los poderes públicos serían los destinatarios de estas normas y se verían como consecuencia de ello obligados a realizar conductas positivas tendentes a crear normas que garanticen derechos subjetivos o a crear servicios públicos que hagan posible una acción promocional positiva en ese ámbito. Como señala L. Prieto Sanchís, se suele decir que las libertades generan un tipo de relación jurídica sencilla donde los individuos saben perfectamente cuáles son sus derechos y deberes recíprocos, mientras que los derechos sociales requieren un previo entramado de normas de organización que a su vez generarían una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos cuyo cumplimiento conjunto sería necesario para la plena satisfacción del derecho. PECES-BARBA, G.

se reduce a los derechos de prestación y, como se hace en el presente trabajo, se opta por acudir a los principales textos internacionales de derechos humanos, también un gran número de los derechos sociales reconocidos en la DUDH y el PIDESC podría incluirse *a priori* en alguna de las acepciones de derechos colectivos: bien porque su ejercicio sería colectivo, porque su sujeto pasivo pudiera ser la colectividad o porque estarían atribuidos a determinados grupos. No cabe duda, como ya se ha dicho, de que para J. Rivero la acepción más relevante sería la que alude a la titularidad, pero ello no le conduce a descartar el análisis como derechos colectivos de las otras dos acepciones y las implicaciones que esa dimensión colectiva conlleva.

* * * * *

En resumen, a lo largo del presente capítulo se han ido exponiendo algunos de los principales autores y argumentos que tradicionalmente se han *atribuido* a la identificación de la categoría de los derechos sociales con los derechos colectivos –distintos de los derechos individuales–, así como algunos autores adicionales. Aunque en algunos casos la interpretación que se ha realizado de algunos autores y argumentos resulta polémica o está en parte simplificada, el abanico ofrecido abarcaría a grandes rasgos la siguiente variedad de aspectos, a menudo relacionados: (i) se trataría de derechos atribuidos fundamentalmente a los grupos y/o a los individuos con motivo de su integración en conjuntos; en este sentido, se ha hablado también de las sociedades intermedias o de las instituciones sociales no estatales con el objeto del libre desarrollo de la persona; (ii) en parte como consecuencia de lo anterior, la beneficiaria de estos derechos sería la colectividad en su conjunto, por lo que el individuo solamente podría ser considerado como su destinatario a través del grupo al que pertenece –y por más que el objetivo último de la categoría no deje de ser en muchos casos la defensa del individuo–; es decir, los derechos sociales satisfarían intereses colectivos e, indirectamente, intereses individuales; (iii) su ejercicio en la mayoría de las ocasiones sería colectivo o sólo tendría sentido al realizarse concertadamente, por mucho que el derecho se atribuya individualmente a cada persona; y (iv) su sujeto pasivo no serían los individuos sino la colectividad organizada, en tanto que los derechos sociales constituirían derechos de prestación o crédito frente al Estado.

Con todo, la variedad de argumentos es tal que surgen las siguientes preguntas: ¿se está hablando en todos estos casos realmente de derechos colectivos? ¿Son las distintas acepciones ofrecidas por J. Rivero aceptadas comúnmente en el discurso más actual sobre este tipo de derechos? Parece en definitiva que resulta necesario aportar un poco de luz en torno al concepto de derechos colectivos o derechos de los grupos que se está consolidando hoy en día –si es que tal concepto existe–, con el objeto de comprobar si efectivamente se halla relacionado con los aspectos referidos anteriormente.

Escritos sobre derechos fundamentales. Madrid: Eudema, 1988, p. 207; PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios de derechos fundamentales*, cit., p. 189.

CAPÍTULO 2: LOS ORÍGENES HISTÓRICOS Y FILOSÓFICOS DE LA DIMENSIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Después de exponer las ideas de algunos de los principales autores que caracterizarían a los derechos sociales como derechos colectivos, a continuación se propone realizar un recorrido por otras consideraciones que –se dice– podrían haber influido a la hora de asociar los derechos sociales con una fuerte *dimensión colectiva* e inducido a hablar de *derechos colectivos* o *derechos de los grupos*.

Por ejemplo, para M^a. J. Añón *et al.* las razones de la tradicional atribución a los derechos sociales de una *dimensión colectiva* residen esencialmente en cuestiones ligadas al origen histórico de estos derechos y a su fundamentación filosófica tradicional; en particular:

... en la [...] relevancia de los grupos en la dinámica de su reconocimiento y protección, en la filosofía que los justifica, diversa del individualismo liberal que diera fundamento a las declaraciones del XVIII y, finalmente, en la indudable penetración de una lógica de lo colectivo en los ordenamientos jurídicos paralela a las transformaciones del Derecho verificadas en el tránsito del Estado liberal al Estado social¹.

F. J. Contreras Peláez también considera que los derechos sociales tienen cierto componente “comunitario”, aunque éste no sea suficiente como para hablar de *derechos colectivos* o de los *grupos*. Ese componente colectivo se traduciría en los siguientes dos rasgos, que también aluden a la justificación de estos derechos: (i) su supuesto fundamental sería la incesante reducción de la autonomía existencial del individuo –la creciente incapacidad del sujeto para satisfacer sus propias necesidades–, que se traduciría en una dependencia especialmente relevante respecto del grupo y de la sociedad; y (ii) su viabilidad dependería de un «mínimo vital» de *solidaridad* en el colectivo; en otras palabras, el disfrute individual de estos derechos se aseguraría mediante la colaboración y la solidaridad colectivas².

A lo largo de este apartado se analizarán algunas de las claves que parecen desprenderse de las anteriores reflexiones –que servirán además como introducción histórica y filosófica de esta categoría–, sin perjuicio de que algunas de ellas se vuelvan a traer a colación cuando se estudien las posturas que rechazan la identificación entre esta categoría y los derechos colectivos. En particular, en las próximas páginas se hará alusión a: (i) la construcción intelectual de los derechos sociales, (ii) el protagonismo de ciertos movimientos y agrupaciones para su reconocimiento y, asimismo, (iii) al paso del Estado liberal al Estado social de Derecho.

Todas estas ideas parten de una premisa principal: los derechos humanos, entre ellos los derechos sociales, son un *concepto histórico*. Decir esto supone admitir, como hace G. Peces-Barba, que los derechos humanos surgen en un momento determinado –en concreto, con el denominado «tránsito a la modernidad»³– y que van evolucionando con el tiempo según

¹ AÑÓN ROIG, M^a J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., pp. 65-66.

² CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 30-31.

³ PECES-BARBA, G. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Madrid: Mezquita, 1982. En otra obra señala: «No se puede hablar propiamente de derechos fundamentales hasta la modernidad. Cuando afirmamos que se trata de un concepto histórico propio del mundo moderno, queremos decir que las ideas que subyacen en su raíz, la dignidad humana, la libertad o la igualdad por ejemplo, sólo se

cambian las necesidades y los contextos o, como diría N. Bobbio, según las transformaciones de la sociedad⁴. Por ello, los defensores de estas posiciones, en mayor o menor medida, tienden a huir de un fundamento absoluto e indiscutible de los derechos en la línea del iusnaturalismo jurídico más clásico y tienden a acercarse además a perspectivas sociológico-jurídicas⁵. Señala a estos efectos M^a. J. Fariñas Dulce:

Los derechos humanos deben ser comprendidos, en definitiva, como respuestas históricas a problemas de convivencia, a concretos conflictos y luchas sociales o a diferentes carencias o necesidades humanas, las cuales aparecen también como históricas, relativas, instrumentales, socialmente condicionadas y, a veces incluso, “falsamente” inducidas por el poder⁶.

Con todo, cabe precisar con algunos autores que del hecho de que los derechos humanos hayan seguido un proceso histórico no ha de derivarse que la historia constituya su fundamento; se trata más bien de una herramienta que permite entender el significado de los derechos y dar cuenta de su aparición como respuesta a problemas contextualizados que han adquirido fuerza⁷. Lo anterior no impediría en principio que hoy en día, desde una moralidad crítica, se pueda cuestionar algunos de los derechos humanos que en su día fueron reivindicados y positivizados. En ese sentido, desde su particular visión de los derechos morales F. J. Laporta ha sostenido la necesidad de distinguir entre el «contexto de descubrimiento» de los derechos y su «contexto de justificación»⁸.

Así pues, los derechos humanos no surgen todos en el mismo momento, sino que, como precisa N. Bobbio, «nacen cuando deben o pueden nacer»⁹, cuando se crean nuevas amenazas para la dignidad de las personas, cuando se descubren nuevas necesidades y nuevas maneras de satisfacerlas o, cabría decir, cuando se modifica la concepción que se tiene de la naturaleza humana¹⁰.

empiezan a plantear desde los derechos en un momento determinado de la cultura política y jurídica». PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 113.

⁴ PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 145-204; BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*. De Asís Roig, R. (trad.). Madrid: Sistema, 1991, p. 119.

⁵ Así lo hacen por ejemplo BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, cit., p. 18; FARIÑAS DULCE, M^a. J. *Los derechos humanos: desde la perspectiva socio-jurídica a la “actitud postmoderna”*. 2^a ed. Madrid: Dykinson, 2006, p. 5.

⁶ FARIÑAS DULCE, M^a. J. *Los derechos humanos: desde la perspectiva socio-jurídica a la “actitud postmoderna”*, cit., p. 6.

⁷ DE ASÍS, R. *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*. Madrid: Dykinson; Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2001, p. 29: «El papel de la historia no es ese ya que la historia, por sí misma y sin ayuda de la razón, no puede desempeñar esa función. // La historia se constituye, dentro de este modelo, como un instrumento más de conocimiento, que permite comprender la evolución de los derechos y dar cuenta también del marco moral en el que estos se han ido desarrollando».

⁸ «El contexto de descubrimiento se refiere a las actividades y circunstancias fácticas y culturales en las que surge y se impone una teoría o una conclusión científica; el contexto de justificación se refiere a los procesos argumentativos mediante los que se valida esa teoría o esa conclusión». LAPORTA, F. J. “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, cit., p. 303. Añade este autor: «La investigación histórica de los derechos sociales da cuenta sólo de su aparición como moralidad positiva, de su conformación histórica y del hecho de que tal moralidad sea compartida por amplios segmentos de una sociedad en un momento determinado, pero no suministra por sí misma ningún argumento sobre su fundamentación moral ni provee de criterios para dibujar su alcance conceptual». *Ibidem*.

⁹ BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, cit., p. 18.

¹⁰ *Ídem*, pp. 18-19. Sobre la naturaleza humana y su concepción dialéctica, véase LÓPEZ CALERA, N. “Naturaleza dialéctica de los derechos humanos”. *Anuario de derechos humanos*. 1990, núm. 6, pp. 75-

Se ha hablado así –aún con algunos críticos– de *generaciones de derechos humanos*¹¹, cuyo número varía según se considere que los derechos civiles y políticos constituyen una o dos generaciones o categorías de derechos. En el presente trabajo se atenderá a esta última concepción, lo que supone que los derechos sociales constituyen la tercera –y no segunda– generación¹², si bien se tendrá en cuenta que esta opción no es compartida por todos los autores. A esta tercera generación le sigue una cuarta o nueva generación de derechos humanos, integrada por derechos como el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho a la paz, al medio ambiente, al desarrollo o al patrimonio común de la humanidad¹³.

Ahora bien, el expediente de la separación en generaciones resulta útil siempre y cuando se tenga en cuenta que el reconocimiento y evolución de los derechos humanos no constituye un proceso simplemente cronológico y lineal, por no decir ya homogéneo entre los diferentes países, como advierten entre otros autores A. E. Pérez Luño, M^a. J. Añón o G. Pisarello¹⁴. La aparición de nuevas generaciones, por otro lado, no supone la desaparición de la anterior, aunque sí suele conllevar en parte su redefinición para adaptarla a los nuevos contextos¹⁵.

81.

¹¹ Esta idea se popularizó especialmente con la obra MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, T. *Ciudadanía y clase social*. Linares, P. (trad.). Madrid: Alianza, 1998. En contra de la idea generacional de los derechos humanos, véase LAPORTA, F. J. “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, cit., p. 304. Para este último, la utilización del concepto de generación, además de su componente historicista, alimenta dos problemas: (i) sugiere que los derechos han aumentado en número, cuando lo que sucede desde su punto de vista es que han aumentado en *densidad*; (ii) sugiere también que se trata de derechos de otra naturaleza, es decir, que los derechos sociales serían diferentes de los civiles y políticos. Para F. Laporta, se trata de los mismos derechos, que van adquiriendo perfiles y caracteres nuevos, incrementando su complejidad y apelando a técnicas normativas más diversificadas.

¹² Así lo hace, por ejemplo, PECES-BARBA, G. “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 1998, núm. 6, pp. 30-31. M^a. E. Rodríguez Palop también defiende la separación de los derechos civiles y políticos: «... considerando sus rasgos y su naturaleza, al menos en lo que hace a sus titulares, su objeto y el grado de protección jurídica que reciben, en principio, no podría considerarse justificada la agrupación de los derechos civiles y políticos en una única generación. Tal agrupación tampoco parece posible, si se tienen en cuenta el marco jurídico y político que cada forma de Estado les ofrece». RODRÍGUEZ PALOP, M^a. E. *La nueva generación de Derechos Humanos: origen y justificación*, cit., pp. 93-94.

¹³ RODRÍGUEZ PALOP, M^a. E. *La nueva generación de Derechos Humanos: origen y justificación*, cit., p. 120.

¹⁴ PÉREZ LUÑO, A. E. “Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)”. *Doxa*. 1987, núm. 4, pp. 47-66, p. 56; AÑÓN, M^a. J. “Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada”. En: VV.AA. *Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales: estudios en Homenaje al Profesor Peces-Barba*, vol. III. Madrid: Dykinson, 2008, p. 23; PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, cit., pp. 19-36.

¹⁵ «Conviene advertir, en cualquier caso, que las generaciones de derechos humanos no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal. En el curso de su trayectoria se producen constantes avances, retrocesos y contradicciones por lo que su despliegue responde a un proceso dialéctico. De otro lado, las generaciones de derechos humanos no implican la sustitución global de un catálogo de derechos por otro, sino que, en ocasiones, se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas, mientras que, otras veces, supone la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados». PÉREZ LUÑO, A. E. “Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)”, cit., p. 56.

I. LA CONSTRUCCIÓN INTELECTUAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

El reconocimiento de los derechos sociales a nivel constitucional, ligado al paso progresivo del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho, se generalizó a partir de la Primera Guerra Mundial –con constituciones emblemáticas en este sentido como la mexicana de Querétaro de 5 de febrero de 1917 o la de la República de Weimar de 11 de noviembre de 1919– y, sobre todo, después de la Segunda Guerra Mundial¹⁶.

Dicho esto, no cabe negar la existencia de algunos reconocimientos constitucionales y legales de ciertos derechos sociales durante los siglos XVIII y XIX. En Francia, son de destacar a estos efectos la constitución de 3 de septiembre de 1791, la constitución “montañesa” de 24 de junio de 1793 –que nunca llegó a aplicarse– o la de 4 de noviembre de 1848, que incorporaban obligaciones positivas del Estado relativas a la instrucción pública y la asistencia social¹⁷. Tampoco son desdeñables las políticas de protección laboral adoptadas en Gran Bretaña entre 1833 y 1850 ni las que, desde el conservadurismo político, efectuó el gobierno de Otto von Bismark en Alemania entre 1883 y 1889¹⁸.

Como puede deducirse de estas últimas líneas, la *positivización* de los derechos sociales en la legislación y las constituciones ha sido el resultado, según dice A. Baldasarre, de «un conjunto de procesos prácticos» o, en otras palabras, «de numerosos impulsos, a menudo en contraste en sus intenciones, [más] que la consecuencia de la acción de un movimiento político y social específico y unívoco»¹⁹. En esta misma línea, M^a. J. Añón añade:

No existe un patrón único en el reconocimiento de estos derechos ni respecto al color ideológico gubernamental que los ha llevado a cabo, ni a las motivaciones para su traslación a textos jurídicos, ni sobre los actores sociales que más han influido en su aparición, ni respecto a las finalidades y alcance que se les han atribuido. Los derechos han sido reconocidos en contextos políticos conservadores con la finalidad de amortiguar el conflicto social en el marco de políticas reformistas, pasando por el impulso impreso en ellos del activismo sindical o de su reconocimiento como derechos de ciudadanía, bien como necesidad o exigencia de transformación del propio sistema capitalista, y también como resultado de la lucha por los derechos²⁰.

¹⁶ PECES-BARBA, G. “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, cit., pp. 15-24.

¹⁷ GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J. *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1989, pp. 319-320 y 332-334. A diferencia de la redacción final de la Constitución de 1848, el primer proyecto presentado el 20 de junio de 1848 incluía un verdadero derecho al trabajo. Este proyecto no pudo prosperar y el referido derecho fue sustituido por un descafeinado deber del Estado a la asistencia en la línea de las constituciones de 1791 y 1793.

¹⁸ PECES-BARBA, G. “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, cit., pp. 22-23. Sobre el modelo bismarkiano y las leyes de Bismarck, véase AÑÓN ROIG, M^a J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., pp. 24-25 y 29.

¹⁹ BALDASARRE, A. *Los derechos sociales*, cit., pp. 20-21.

²⁰ AÑÓN ROIG, M^a J. “Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada”, cit., pp. 22-23. También remarca esta idea MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *Modernas tendencias del Derecho constitucional*. Álvarez-Gendin, S. (trad.). Madrid: Reus, 1934, pp. 36-37. Para el caso español, véase la obra de C. Monereo Atienza, que destaca la influencia en la positivación de los derechos sociales del socialismo, el liberalismo progresista –representado por el krausismo–, el providencialismo, el moderantismo y el catolicismo social. MONEREO ATIENZA, C. *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*. Granada: Comares, 2007.

Hecha esta precisión, sí cabe apuntar que durante el siglo XIX la *construcción intelectual* de esta categoría de derechos corrió especialmente a cargo, aunque no de manera exclusiva, de dos corrientes ideológicas: el socialismo democrático –*e.g.*, L. Blanc, F. Lasalle o E. Bernstein– y el liberalismo progresista –*e.g.*, J. Stuart Mill–, ambos motivados por la pobreza y explotación de la clase obrera como consecuencia del desarrollo de la sociedad industrial y del capitalismo. Esta construcción fue paralela asimismo a la de algunos derechos políticos como el de asociación y el sufragio universal masculino, que permitieron una mejor organización y defensa de los derechos sociales por partidos obreros, sindicatos y otras asociaciones²¹.

Así, tanto el liberalismo progresista como el socialismo democrático se abrieron a posiciones democráticas que permitieran la reforma del sistema vigente desde las propias instituciones y la construcción de una nueva categoría de derechos, en el entendimiento de que éstos podían trascender su origen histórico y los intereses que los engendraron²². A diferencia de estas corrientes, las aportaciones del marxismo han sido objeto de gran polémica entre la doctrina, aunque parece difícil negar absolutamente su papel en lo que a la crítica de las instituciones jurídicas vigentes se refiere²³.

Como han señalado algunos autores, esta evolución en la concepción de los derechos humanos y que da lugar a la nueva generación de derechos sociales –tal y como se han definido en el presente trabajo– se enmarca en los *procesos de generalización y especificación* de los derechos humanos. Estos procesos, todavía en curso, tienden a ampliar y determinar los titulares y el catálogo de los derechos, aunque también pueden desfundamentar algunos de ellos por su imposible contenido igualitario²⁴.

A continuación se verán algunos de los principales elementos vinculados a la dimensión colectiva que se desprenderían de la construcción intelectual de los derechos sociales: (i) la crítica a la concepción presocial y abstracta del ser humano; (ii) la crítica al individualismo y (iii) la recuperación del valor de la fraternidad o solidaridad.

1. La crítica a la concepción presocial y abstracta del ser humano:

Una de las ideas-fuerza que impulsaron –y siguen impulsando– los procesos de generalización y especificación de los derechos fundamentales fue la constatación de la existencia de un desajuste entre unos derechos naturales del hombre, proclamados de manera aparentemente abstracta y universal, y una concepción reduccionista en su diseño y disfrute²⁵.

Así, con los derechos naturales recogidos en las declaraciones del siglo XVIII se decía proteger

²¹ *Ibidem*. Vid. asimismo PECES-BARBA, G.; DORADO, J. “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XIX: el contexto de los derechos fundamentales”. En: PECES-BARBA, G. *et al.* (dirs.). *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XIX. Volumen I, Libro I. El contexto social, cultural y político de los derechos. Los rasgos generales de evolución*. Madrid: Dykinson; Universidad Carlos III de Madrid; Instituto Bartolomé de las Casas, 2007, pp. 1-316.

²² PECES-BARBA, G. *et al.* *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 160-170.

²³ Acerca de las disputadas aportaciones de K. Marx a la teoría de los derechos humanos pueden consultarse la obra de PÉREZ LUÑO, A. E. “El puesto de Marx en la historia de los derechos humanos”. En: PECES-BARBA, G. *et al.* (dirs.). *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XIX. Volumen II, Libro II. La filosofía de los Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson; Universidad Carlos III de Madrid; Instituto Bartolomé de las Casas, 2007, pp. 973-1031.

²⁴ PECES-BARBA, G. *et al.* *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 164-170.

²⁵ Así lo afirma G. Peces-Barba en *ídem*, p. 160.

la dignidad de un sujeto ideal, presocial, abstracto y racional: el *homo iuridicus*. Como señalan M^a. J. Añón *et al.*, esta figura es una construcción en la que convergen liberalismo, racionalismo e individualismo²⁶. En efecto, la concepción liberal de los derechos humanos predominante en aquel momento histórico pretendía definir los derechos que debían corresponder al hombre por el mero hecho de serlo –por naturaleza–, que cubrieran las exigencias morales que se presuponían propias de toda persona²⁷. Así, esta concepción pretendía inicialmente desvincular al hombre del orden estamental propio del Antiguo Régimen, en el cual los privilegios estaban vinculados a determinados estamentos o categorías de personas²⁸. Para T. Paine, todos los hombres formaban parte de una sola categoría, de modo que todos ellos nacían iguales y con los mismos derechos naturales²⁹. Por ello, su catálogo había de ser necesariamente reducido: según J. Locke, por ejemplo, se trataba del derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad³⁰.

De una manera similar, I. Kant consideraba que cada hombre no era una *parte* de la humanidad, sino que la humanidad estaba presente en cada hombre. Los derechos naturales, así, en tanto que expresiones de la dignidad humana, pertenecientes a toda persona como ser moral representante de toda la humanidad y al margen de su condición empírica, quedarían para I. Kant reducidos exclusivamente a uno, la libertad, en la que estaría contenida la igualdad³¹.

Como explica L. Prieto Sanchís, esta concepción liberal de los derechos descansaba tradicionalmente en la doctrina del Derecho natural, que por entonces ya no sólo resultaba ajeno a la voluntad humana, sino también a la propia existencia o voluntad de Dios. Ese Derecho natural, universal e inmutable, podía ser conocido mediante el uso de una razón monológica e intemporal, que identificaba aquellos derechos naturales que, como se ha dicho, protegían bienes comunes e idénticos para todo hombre como miembro y representación del género humano. Para I. Kant, la intromisión de lo empírico, de los fines particulares –entre los que se encontraban la satisfacción de necesidades–, imposibilitaba el ejercicio de la razón pura y provocaba que la moral dejara de ser una ciencia. La razón, tras abandonar las motivaciones particulares, indicaba así como derechos innatos los dos ya señalados –libertad e igualdad–, derechos que no sólo lograban ser pensados sin considerar los fines empíricos sino que precisamente –se decía– constituían los instrumentos necesarios para que cada cual satisficiera sus objetivos personales. Así –prosigue L. Prieto Sanchís–, este modelo se hallaba poblado de seres racionales que debían renunciar a legislar sobre su realidad como sujetos

²⁶ AÑÓN ROIG, M^a J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 62.

²⁷ PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios de derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990, pp. 23-24.

²⁸ PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 117.

²⁹ PAINE, T. *Derechos del hombre*. Santos Fontela, F. (trad.). Madrid: Alianza, 1984, pp. 63-64.

³⁰ LOCKE, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Mellizo, C. (trad.). Madrid: Tecnos, 2006, p. 124.

³¹ KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Cortina, A.; Conill, J. (trads.). Madrid: Tecnos, 1989, pp. 48-49: «La *libertad* (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad. –La *igualdad* innata, es decir, la independencia, que consiste en no ser obligado por otros sino a aquello a lo que también recíprocamente podemos obligarles [...]– todas estas facultades se encuentran ya en el principio de la libertad innata y no se distinguen realmente de ella».

empíricos para poder actuar como seres autónomos y autolegisladores³².

Como resultado de todo ello, la idea de sujeto de derechos imperante en aquel momento era de carácter eminentemente presocial, concebía al hombre en su supuesto *estado de naturaleza* previo a cualquier consenso histórico. En otras palabras, el ser humano se configuraba inevitablemente en su dimensión individual³³. Ese sujeto presocial era el que, movido por su interés, acordaba con otros de su misma condición un contrato social para crear el Estado y las instituciones –surgiendo así los “derechos del ciudadano”– y que, como propietario, pactaba sucesivos negocios jurídicos según unas reglas formales, fijas y seguras, sin importar la condición social de las otras partes³⁴.

Pues bien, esta concepción del ser humano es la que se pone en tela de juicio por numerosos pensadores durante el siglo XIX, al ser considerada como un dogma, miope y superficial, típico de la Ilustración. De hecho, como señala S. Lukes, frente a esta noción abstracta aparecieron concepciones alternativas del individuo –esencialmente sociales– procedentes de las corrientes más variadas: hegelianismo, marxismo, socialismo democrático y utópico, conservadores antirrevolucionarios, románticos, positivistas, sociólogos, historicistas...³⁵ Para el socialismo democrático, esos *derechos naturales* que superficialmente se proclamaban de manera abstracta y universal, como valiosos para cualquier sujeto con independencia de su posición social, respondían en realidad a una concepción reduccionista³⁶: (i) de una parte, limitaban la titularidad o disfrute de muchos de estos derechos a determinados sujetos, estableciendo una primera fractura entre el “hombre” y el “ciudadano”; (ii) además, ese “hombre” genérico y abstracto respondía en realidad a un tipo de sujeto concreto –i.e., burgués y propietario–, por lo que, en consecuencia, se había diseñado un catálogo que protegía especialmente los intereses de esa imagen del hombre³⁷.

Es a esta concepción de los derechos humanos que K. Marx opone su famosa crítica, entendiéndolo que ninguno de los derechos humanos iría «más allá del hombre egoísta, más allá del hombre como miembro de la sociedad civil, es decir, del individuo retraído en sí mismo, en sus intereses privados y en su arbitrio particular y segregado de la comunidad»³⁸. N. Bobbio ha ilustrado recientemente esta idea al señalar que, cuando J. Locke escrutó la supuesta

³² PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios de derechos fundamentales*, cit., pp. 33-36.

³³ Ídem, p. 25.

³⁴ PRIETO SANCHÍS, L. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”. *Revista del centro de estudios constitucionales*. 1995, núm. 22, pp. 9-10.

³⁵ LUKES, S. *El individualismo*. Álvarez, L. (trad.). Barcelona: Península, 1975, p. 98.

³⁶ PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 61-62 y 162.

³⁷ Vid. BARRANCO AVILÉS, M. C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 14; PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 61-62 y 162. Las anteriores constataciones podrían quizá tener cabida dentro de dos de los modelos que define L. Ferrajoli relativos a la relación entre Derecho y diferencias: (i) el modelo de «diferenciación jurídica de las diferencias» –en el que se valorizan unas identidades y se desvalorizan otras de manera expresa–; y (ii) el modelo de «homologación jurídica de las diferencias» –en el que las diferencias son devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad que, sin embargo, asume implícitamente una identidad como normal y normativa–. FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Andrés Ibáñez, P.; Greppi, A. (trads.). 5ª ed. Madrid: Trotta, 2006, pp. 74-75.

³⁸ MARX, K. *Escritos de juventud*. Rubio Llorente, F. (trad.). Caracas: Instituto de Estudios Políticos, imp. 1965, p. 62. Nótese en cualquier caso que en otras traducciones la referencia a la “sociedad civil” se ha traducido por “sociedad burguesa”: MARX, K. *La cuestión judía y otros escritos*. Ripalda, J. Mª. (trad.). Barcelona: Planeta-Agostini, 1992, pp. 46-47.

“naturaleza humana”:

... la naturaleza humana que él había observado era la del burgués o del mercader del siglo XVIII, y allí no había leído, porque no podía leerlo desde aquel punto de vista, las exigencias y las demandas de quien tenía otra naturaleza o, más precisamente, no tenía naturaleza humana alguna (ya que la naturaleza humana se identificaba con la de los pertenecientes a una determinada clase)³⁹.

Ésta es precisamente una de las cuestiones: los derechos liberales se atribuían supuestamente a todas las personas, pero en el fondo no todos eran considerados *personas* a estos efectos⁴⁰. Por todo lo anterior, y como ya se ha señalado, la tendencia de los procesos de generalización y especificación fue la de (i) extender la titularidad de derechos hasta entonces limitados a determinados sujetos, (ii) reconocer otros derechos que complementasen el catálogo mediante la protección de otros intereses hasta entonces ignorados; o bien (iii) desfundamentalizar relativamente aquellos derechos que tuvieran un imposible contenido igualitario, como el derecho a la propiedad⁴¹.

Así pues, parte de la lucha por los derechos sociales fue dirigida a superar el individualismo y liberalismo latentes en la concepción reduccionista de los derechos humanos y tomar en consideración también la específica situación social del ser humano, esto es: considerarlo inserto en su contexto de relaciones económicas y sociales y sujeto a ciertas necesidades en función de ello⁴².

2. La crítica al individualismo:

De este modo, uno de los elementos esenciales en la lucha por los derechos sociales y que denota una cierta *dimensión colectiva* fue el desarrollo de una filosofía metaindividualista o, más bien, superadora de cierto tipo de individualismo⁴³. Como ya se ha avanzado, lo que hoy entendemos como *individualismo liberal* se había desarrollado originariamente en oposición al orden feudal y estamental del gobierno y la sociedad propios del Antiguo Régimen⁴⁴, en la medida en que el individuo se disolvía en las realidades comunitarias o corporativas medievales⁴⁵. A grandes rasgos, se puede decir que el individualismo sostiene que los individuos tienen una relevancia moral principal⁴⁶. Sin embargo, la glorificación del individuo

³⁹ BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 70-71. También S. Lukes recalca en esta idea al señalar que los individuos supuestamente abstractos y presociales siempre resultan ser sociales y «desde luego históricamente específicos. En realidad, la “naturaleza humana” siempre corresponde a una especie determinada de hombre social». LUKES, S. *El individualismo*, cit., p. 95. Por lo demás, N. Bobbio sostiene que la hipótesis del estado de naturaleza era una tentativa de justificar racionalmente las exigencias que se habían extendido durante las guerras de religión y durante las revoluciones burguesas contra toda forma de despotismo. Así, el estado de naturaleza no sería más que una ficción doctrinal para fundamentar determinados derechos como inherentes a la naturaleza del hombre. BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 119-120.

⁴⁰ BARRANCO AVILÉS, M. C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit., p. 14.

⁴¹ PECES-BARBA, G. et al. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 164-170.

⁴² AÑÓN ROIG, M^a J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 63.

⁴³ Ídem, pp. 65-66; también CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 29.

⁴⁴ FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Martínez Neira, M. (trad.). Madrid: Trotta, 2007, p. 35.

⁴⁵ PECES-BARBA, G. et al. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 132.

⁴⁶ Para E. Fernández, la característica básica del individualismo moral y del liberalismo ético es que la dignidad de cada individuo ocupa el primer lugar en la escala de valores que los hombres reconocen

resultado del Nuevo Régimen fue criticada en muchas de sus implicaciones teóricas y prácticas por sectores conservadores, socialistas e incluso partidarios de un liberalismo progresista⁴⁷.

Es importante señalar, como ha puesto de manifiesto S. Lukes, que el término *individualismo* no resulta en absoluto unívoco y a lo largo de la Historia se ha utilizado por los agentes sociales con significados diferentes, a veces tan sólo conectados aparentemente: la defensa de la dignidad del hombre, su autonomía, su intimidad o privacidad, el autoperfeccionamiento, la concepción abstracta del individuo y los individualismos político, económico, religioso, ético, epistemológico o metodológico⁴⁸.

El socialismo, entendido en sentido amplio, criticó especialmente el individualismo económico del *laissez-faire* –asociado a la explotación de la clase obrera–, el “egoísmo” ético y la atomización social, la ya aludida concepción abstracta del individuo, algunas concepciones del individualismo político –especialmente en lo que a la función del Estado se refiere– y el individualismo metodológico⁴⁹. Para este último tipo de individualismo, los individuos serían la unidad básica de las ciencias sociales y, en consecuencia, habría de rechazarse cualquier intento de explicar los fenómenos sociales que no se exprese en términos de hechos sobre individuos –*e.g.*, decisiones, acciones y actitudes individuales–. Frente a este método explicativo se opusieron numerosos pensadores, que desde diversos enfoques defendieron una comprensión de la vida social en la que los fenómenos colectivos resultaban más ilustrativos que los individuales, como fue el caso de C. H. Saint-Simon, A. Comte o E. Durkheim⁵⁰. Como se verá en el capítulo 3, el debate sobre los límites del individualismo metodológico sigue especialmente vigente en el marco de la discusión sobre los derechos colectivos.

Y así, como ha sostenido recientemente F. J. Contreras Peláez, los derechos sociales que se construyen desde estas posiciones partirían de una visión más gregaria de la persona, que habría dejado de ser esa mónada aislada que criticaba K. Marx. De hecho –prosigue F. J. Contreras Peláez–, estos derechos «no son pensables al margen de la sociedad» e «incorporan una dosis de “comunitarismo” muy superior a la de los derechos-autonomía; presuponen una sociedad más solidaria, más cohesionada, más interactuante»⁵¹. Desde esta perspectiva, y según señala B. Mirkin-Guetzevitch, con esos nuevos derechos se trataba de englobar la totalidad de la vida social y el conjunto de relaciones sociales, desde el trabajo hasta la familia o la escuela⁵². Podría decirse, entonces, que en la construcción intelectual de los derechos sociales se presencia cierto desplazamiento hacia la socialidad del ser humano frente a su

como imprescindibles para la normal evolución de sus vidas. FERNÁNDEZ GARCÍA, E. *Filosofía política y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 88.

⁴⁷ Así, el pensamiento reaccionario y conservador del siglo XIX condenó el recurso a la razón, intereses y derechos del individuo y propugnó la vuelta al orden feudal y eclesiástico del pasado. De hecho, fue J. de Maistre quien utilizó el término *individualismo* por vez primera en 1820, aunque se popularizara posteriormente debido a su utilización sistemática por los discípulos de C. H. Saint-Simon. LUKES, S. *El individualismo*, cit., pp. 13-14.

⁴⁸ Ídem, pp. 5-6 y 59-100.

⁴⁹ Así se desprende de la lectura de ídem, cit., pp. 13-26, 98-99, 107-110, 138 y 169-176. Nótese que el así denominado “egoísmo” ético es un antecedente del individualismo ético que no se identifica con éste.

⁵⁰ Ídem, pp. 137-138.

⁵¹ CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 27-28.

⁵² MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *Modernas tendencias del Derecho constitucional*, cit., p. 38.

individualidad, en una de esas constantes tensiones dialécticas que –siguiendo a N. López Calera– caracterizarían la concepción sobre la identidad o naturaleza del ser humano⁵³.

En la Francia del siglo XIX, la tendencia general era la de asociar la palabra *individualismo* a lo que E. Durkheim definiría más tarde como *anomia* y *egoísmo*: aislamiento social, moral y político de los individuos, disociación de éstos y los objetivos sociales, ruptura de la solidaridad social, abandono del individuo a sus propias fuerzas, etc.⁵⁴ Así, dentro del socialismo, era habitual contraponer esta idea del individualismo con un orden social cooperativo, definido ya fuera como *asociación*, *socialismo* o *comunismo*⁵⁵. Frente a la concepción individualista de la sociedad, algunos de estos autores insistían en la dimensión social del individuo, en el predominio del interés general sobre los diferentes intereses particulares y, en definitiva, en una concepción armónica de la sociedad⁵⁶.

Cabe precisar, sin embargo, que muchos de estos primeros defensores de los derechos sociales tampoco renegaban absolutamente del individualismo, viendo en él el logro de ciertos valores positivos como, por ejemplo, la autonomía y la libertad del individuo; no obstante, afirmaban que esta filosofía debía ser completada o superada para eliminar los peligros que realmente encerraba. Tal era el caso, por ejemplo, de L. Blanc, los discípulos de C. Fourier o J. Stuart Mill⁵⁷. Como se irá viendo a lo largo del presente trabajo, este género de reflexiones sigue muy presente tanto en el discurso de los derechos sociales como en el de los derechos colectivos.

3. La recuperación del valor de la fraternidad o solidaridad:

Precisamente la reivindicación del valor de la *fraternidad* o *solidaridad* en la fundamentación de los derechos sociales fue una de las vías que se propusieron para superar los defectos del individualismo imperante, constituyendo éste –se dice– otro de los elementos clave que habrían favorecido la atribución a los derechos sociales de una *dimensión colectiva*. Este valor habría sido defendido especialmente por el socialismo democrático de L. Blanc, pero también por el liberalismo progresista, como en el caso de J. Stuart Mill⁵⁸, o el anarquismo de Proudhon⁵⁹.

⁵³ LÓPEZ CALERA, N. “Naturaleza dialéctica de los derechos humanos”, cit., pp. 76-77; LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Ariel, 2000, pp. 155-156.

⁵⁴ Así lo explica GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*, cit., p. 283; LUKES, S. *El individualismo*, cit., p. 25. Afirma S. Lukes que es en este sentido peyorativo en que el que se refiere J. Stuart Mill al individualismo, alejándose de la concepción inglesa del término, que lo asocia a cuestiones religiosas y también en referencia al liberalismo inglés. Ídem, pp. 45-46.

⁵⁵ LUKES, S. *El individualismo*, cit., p. 20.

⁵⁶ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*, cit., p. 284. González Amuchastegui cita especialmente a L. Blanc, J. J. Rousseau, G. B. de Mably o E. G. Morelly.

⁵⁷ LUKES, S. *El individualismo*, cit., pp. 21-22; PECES-BARBA, G.; DORADO, J. “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XIX: el contexto de los derechos fundamentales”, cit., p. 177.

⁵⁸ PECES-BARBA, G. “Apuntes políticos y jurídicos sobre los derechos sociales”. En: RIBOTTA, S.; ROSSETTI, A. (eds.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia*, cit., pp. 22-23. Sobre la posición de J. Stuart Mill en materia de derechos humanos, véase GARCÍA AÑÓN, J. “J. S. Mill y los derechos humanos”. En: PECES-BARBA, G. et al. (dirs.). *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XIX. Volumen II, Libro II. La filosofía de los Derechos Humanos*, cit., pp. 843-903.

⁵⁹ PECES-BARBA, G. et al. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 273.

L. Blanc proponía en efecto la superación del individualismo mediante la recuperación del principio de *fraternidad* o, en otras palabras, mediante la *asociación* –términos que utiliza indistintamente–⁶⁰. Para el socialismo democrático, la *asociación* constituía un nuevo principio regulador de las relaciones sociales y económicas que descansaba en una concepción fuerte de la sociabilidad humana. Según esta concepción, el hombre sería bueno por naturaleza, tendería a convivir con los demás y a ayudarse mutuamente, sólo se realizaría en contacto con los demás hombres, sintiéndose miembro de un colectivo, y habría en él una inclinación hacia el altruismo y los intereses colectivos de la humanidad. Esta sociedad fraternal se caracterizaría por compatibilizar los intereses individuales y el interés general, libertad y comunidad, independencia y asociación. De este modo, el socialismo democrático negaba la concepción de la sociedad como mero agregado de individuos, pero criticaba *también* aquellos discursos que anulaban al individuo mediante su disolución en la comunidad. Finalmente, la fraternidad servía para justificar la idea de obligaciones positivas entre los individuos, de éstos hacia la sociedad y de la sociedad hacia ellos⁶¹. Como puede intuirse, tal valor implicaba según esta concepción la defensa de la intervención del Estado en ámbitos hasta entonces prohibidos y la propuesta de un programa cooperativo⁶². Por lo tanto, puede decirse –con J. González Amuchastegui– que el socialismo democrático del siglo XIX fundaba los nuevos derechos sociales en el valor de la fraternidad, aunque también en la *igualdad en la satisfacción de las necesidades* y la *libertad como poder o capacidad*⁶³.

La noción de solidaridad también fue importante para la corriente del «solidarismo», que constituyó la filosofía oficial de la III República francesa⁶⁴ y que –según afirmaba también F. Pergolesi– influyó asimismo en el Estado italiano de mediados del siglo XX. Esta ideología, también preocupada por la situación de las clases trabajadoras, se proponía como una «tercera vía» entre el individualismo capitalista y el colectivismo comunista. Entre sus

⁶⁰ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*, cit., pp. 284 y 295. Se trata de una *recuperación* en la medida en que la fraternidad, aunque nace en un contexto ilustrado con la Revolución Francesa, había perdido fuerza como principio frente al individualismo. Ídem, p. 282.

⁶¹ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. “La justificación del Estado del bienestar: ¿una nueva concepción de los derechos humanos?”. En: THEOTONIO, V.; PRIETO, F. (dirs.). *Los derechos económico-sociales y la crisis del Estado del bienestar*. Córdoba: Etea, 1996, p. 67. L. Blanc definió la asociación como el principio en virtud del cual los hombres –en lugar de aislarse y disputarse la vida y la fortuna como si fueran una presa– reunirían sus voluntades y trabajarían juntos en una obra común, de la que cada uno se beneficiaría según sus necesidades tras haber contribuido según sus facultades. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*, cit., p. 296.

⁶² GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*, cit., p. 296.

⁶³ Según explica este autor, el socialismo democrático proponía reformular la libertad formal típica del liberalismo de la época en términos de libertad de hecho, entendida ésta como *libertad como poder o capacidad*: así, se decía desde estas posiciones, no hay libertad para realizar una conducta determinada si no se dispone de los medios necesarios para llevarla a cabo. Asimismo, la igualdad para L. Blanc queda redefinida en términos de *igualdad en la satisfacción de necesidades*, lo que implicaba hacer de las necesidades humanas no satisfechas un criterio relevante para la discriminación en el trato dado por el Estado. De hecho, fue L. Blanc quien formuló por primera vez el lema de «cada uno con arreglo a su capacidad; a cada uno con arreglo a sus necesidades». Su meta no era conseguir una igualdad absoluta de bienes y fortunas, sino que todos tuvieran suficiente y ninguno demasiado. Ídem, pp. 285-295.

⁶⁴ No es casualidad, en ese sentido, que G. Gurvitch sea afín a estas posturas, a cuya comprensión ha dedicado además algunos de sus esfuerzos académicos. LOSANO, M. “La cuestión social y el solidarismo francés: actualidad de una antigua doctrina”. En: LOSANO, M. (ed.). *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis*. Lloredo Alix, L.; Lema Añón, C. (trads.). Madrid: Dykinson, 2011, pp. 20-22.

representantes puede destacarse fundamentalmente a L. Bourgeois, quien veía en la solidaridad una auténtica obligación jurídica basada en la existencia de un cuasicontrato, pero el solidarismo también presentaba numerosas conexiones con el sociólogo E. Durkheim⁶⁵.

Este último se refería a la solidaridad como una categoría científica, como un hecho social consistente en el consenso espontáneo de las partes del todo social, en una especial conexión entre el individuo y la sociedad⁶⁶. Pues bien, para E. Durkheim –y según las interpretaciones que de él se han hecho– cabía hablar de dos tipos de solidaridad, paralelos a la evolución social y jurídica:

- La *solidaridad mecánica* sería propia de sociedades cerradas, homogéneas y no democráticas, y en ella la conciencia individual –que constituiría la personalidad– y la colectiva –que representaría a la sociedad– formarían una sola, con un fondo sobre todo religioso. Existirían, por lo tanto, conciencias colectivas idénticas garantizadas mediante un Derecho represivo. Este tipo de solidaridad habría ido desapareciendo por la pérdida de intensidad y determinación de los estados de la conciencia colectiva, dando así lugar progresivamente a la solidaridad mecánica.
- La *solidaridad orgánica*, por el contrario, sería propia de sociedades diferenciadas por la división del trabajo social, más abiertas y plurales. Recibiría este nombre al estar basada en la acción de órganos coordinados y subordinados entre sí, cada uno de los cuales presentaría funciones específicas y creencias diversas. Y así, a diferencia de la solidaridad anterior, en ésta la interdependencia no se apoyaría en la identidad sino en la complejidad y la diferenciación: se trataría de una integración basada en la cooperación⁶⁷.

Dejando estas cuestiones más históricas de lado –y que, como se ve, admiten diversos matices–, lo cierto es que la solidaridad no es un valor *jurídico* unánimemente aceptado hoy en día para fundamentar derechos, por lo menos no en lo que al Derecho público se refiere: numerosos autores sostienen que la idea de solidaridad resulta incompatible con la presencia de coacción, un elemento imprescindible en la estructura jurídica. Así pues, la solidaridad habría quedado relegada a la esfera de las virtudes morales⁶⁸. Tal sería en el fondo la tesis de V. Camps cuando considera a la solidaridad como «una virtud de segundo orden», que funcionaría como «condición, pero, sobre todo, como *compensación* y *complemento* de la justicia»⁶⁹. Otro ejemplo de estas posiciones contrarias a la idea de la solidaridad como un valor jurídico sería E. Fernández, quien afirma lo siguiente:

⁶⁵ DE LUCAS, J. *El concepto de solidaridad*, cit., pp. 19-21; vid. también LOSANO, M. “La cuestión social y el solidarismo francés: actualidad de una antigua doctrina”, cit., pp. 20-29.

⁶⁶ Este consenso implicaría dos niveles: uno psicosocial –referido a la conexión entre las conciencias individuales y la colectiva– y el estructural-funcional –conexión entre la posición del individuo y el grupo, en tanto que la estructura social supone la cohesión de la interacción real–. DE LUCAS, J. *El concepto de solidaridad*, cit., p. 18.

⁶⁷ Tal es la interpretación que del pensamiento de E. Durkheim realiza J. de Lucas en ídem, pp. 19 y 43-47; DE LUCAS, J. “Solidaridad y derechos humanos”. En: TAMAYO-ACOSTA, J. J. *10 palabras clave sobre derechos humanos*. Estella (Navarra): Verbo Divino, 2005, p. 158.

⁶⁸ De ello da cuenta DE LUCAS, J. “Solidaridad y derechos humanos”, cit., pp. 151-152.

⁶⁹ CAMPS, V. *Virtudes públicas*. 2ª ed. Madrid: Espasa Calpe, 1990, pp. 36-37. En cursiva en el original. Esta interpretación de V. Camps también se sostiene en DE LUCAS, J. “Solidaridad y derechos humanos”, cit., p. 152.

... me parece necesario, no confundir las obligaciones morales con las obligaciones políticas y jurídicas. Pienso que el ámbito propio de la solidaridad es el del desarrollo del sentimiento moral, de la reflexión crítica y la imaginación de nuevas formas de vida más humanas. Y todo ello es demasiado rico, complejo e importante como para que permitamos que sea “burocratizado” en planes de desarrollo económico o en programas políticos. Como he señalado en otro lugar, “Desde el plano de la creación de instituciones sociales, políticas y jurídicas se puede imponer el reconocimiento y garantía de la dignidad, la autonomía, la seguridad, la libertad o la igualdad, pero no el de la fraternidad, la solidaridad o la caridad, que se sitúan exclusivamente en el campo de los deberes morales”⁷⁰.

En el ámbito del Derecho privado, en cambio, este valor no plantea tantos problemas. El principio de la solidaridad ha pasado, en general, de ser un principio excepcional a convertirse paulatinamente en la regla general en muchos códigos civiles –no así en el español–. La solidaridad en el Derecho privado cumpliría la función de aumentar y asegurar las garantías del acreedor en el tráfico jurídico y se expresaría en la responsabilidad solidaria de los deudores⁷¹.

Otros autores sí defienden la solidaridad en el Derecho público como un valor jurídico autónomo –aunque complementario de la libertad, la igualdad y la seguridad⁷²–, capaz de justificar derechos fundamentales y, entre éstos, los derechos sociales y los derechos de cuarta generación –e.g., J. de Lucas, G. Peces-Barba, J. González Amuchastegui–. A estos efectos, G. Peces-Barba distingue diacrónicamente entre lo que él denomina «solidaridad de los antiguos» y la «solidaridad de los modernos», en un claro guiño a la clásica distinción de B. Constant entre «libertad de los antiguos» y «libertad de los modernos». Para G. Peces-Barba, a pesar de que no existe una ruptura total entre uno y otro concepto, el paso de la solidaridad de los antiguos a la solidaridad de los modernos permitió la superación de la idea de solidaridad en su dimensión ética y religiosa, basada en gran medida en la caridad, y alcanzar la condición de verdadero valor jurídico⁷³.

La solidaridad de los modernos tendría así, como punto de partida, el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como propios –no ajenos–, susceptibles de ser resueltos mediante la intervención de los poderes públicos y de los demás⁷⁴. Y así, según J. de Lucas:

... la idea de solidaridad que puede servir para actuar como principio jurídico y político [...] la define como conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes (de reconocimiento de identidad), que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento. En ese sentido, la solidaridad no supone en absoluto uniformidad, como pretenden los que confunden toda reivindicación de la solidaridad con los alegatos holistas [...]⁷⁵.

Para G. Peces-Barba, el objetivo político de la solidaridad de los modernos sería la creación de una sociedad de la que todos se considerasen miembros, en cuyo seno se satisficieran las

⁷⁰ FERNÁNDEZ, E. “Estado, sociedad civil y democracia”. En: FERNÁNDEZ, E. (coord.). *Valores, derechos y estado a finales del siglo XX*. Madrid: Dykinson, 1996, p. 144. El subrayado es de la autora.

⁷¹ VIDAL GIL, E. “Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho”. *Anuario de filosofía del Derecho*. 1993, núm. 10, pp. 97-98. A juicio de este autor, este principio de Derecho privado reuniría *lo peor* de las así llamadas *solidaridad de los antiguos* y *solidaridad de los modernos*, en particular: la sujeción de lo individual a lo colectivo y el olvido de la *pietas* en beneficio del mercado.

⁷² Véase sobre este particular el capítulo 4, apartado II.3.

⁷³ PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 262 y 268.

⁷⁴ Ídem, p. 279.

⁷⁵ DE LUCAS, J. “Solidaridad y derechos humanos”, cit., p. 158.

necesidades básicas y todos pudieran realizar su plan de vida autónomo, evitando así la disolución del individuo en la comunidad mediante el reconocimiento de la pluralidad social y la diferencia.

Cabe ahora aclarar que la fundamentación de los derechos operada por la solidaridad se realizaría para G. Peces-Barba de manera indirecta, a través de *deberes positivos* de los poderes públicos o que éste atribuyera a terceros⁷⁶. Algo semejante defiende J. de Lucas. Y es que, a su juicio, lo que diferencia la solidaridad de la igualdad –a la que se hará referencia en el capítulo 4, apartado II.3– no es tanto el reconocimiento de la diferencia –que también es tenido en cuenta por este último valor–, sino el énfasis en las responsabilidades: pues, para J. de Lucas, el concepto de solidaridad no sólo está basado en la asunción como propios de los intereses de un tercero, sino *también* de los intereses del *grupo* –es decir, de lo público, de lo que es de todos–, y ello acarrea el deber de contribuir en tanto se trata de una responsabilidad de todos y cada uno. Siguiendo una idea de M. Olson, J. de Lucas sostiene que «la solidaridad requiere asumir la “lógica de la acción colectiva”»⁷⁷.

Además de fundamentar derechos humanos, la solidaridad como valor jurídico también ha sido clave en la justificación del tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho, al que se hará referencia más adelante⁷⁸.

II. EL PAPEL DE LOS GRUPOS. EL MOVIMIENTO OBRERO Y LOS MOVIMIENTOS CULTURALES

A pesar de la importancia que tuvieron el socialismo democrático y el liberalismo progresista en la construcción intelectual de los derechos sociales, tampoco puede obviarse el papel que para el reconocimiento de éstos en normas legales y constitucionales tuvo la presión de la propia clase trabajadora sobre las instituciones liberales durante el siglo XIX⁷⁹. Este papel

⁷⁶ PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 280.

⁷⁷ DE LUCAS, J. “Solidaridad y derechos humanos”, cit., pp. 159-160. Ahora bien, de esta concepción de la solidaridad definida en estas líneas suele derivarse un debate en torno a la extensión del grupo al que la solidaridad hace referencia. Según señala R. Rorty, el progreso moral consiste en el proceso de «llegar a concebir a los seres humanos como “uno de nosotros”, y no como “ellos”», es decir, en ir extendiendo ese sentido del “nosotros” a personas antes ajenas a él, gracias a la capacidad de percibir que las diferencias tradicionales –*e.g.*, de tribu, de religión, raza, costumbres– carecen de importancia cuando se las compara con similitudes referentes al dolor y la humillación. RORTY, R. *Contingencia, ironía, solidaridad*. Sinnot, A. E. (trad.). Barcelona, etc.: Paidós, 1991, pp. 18 y 210. Según J. González Amuchastegui, la solidaridad no permite aumentar indefinidamente ese círculo del nosotros y cancelar todas las diferencias hasta abarcar a la humanidad entera, pero sí aportaría criterios para establecer la orientación que esa ampliación debe tener: «el principio de solidaridad no sólo exigiría adherirse a la causa, empresa u opinión de terceros, sino que establecería algunas restricciones a los tipos de causa, empresa u opinión que merecerían nuestra solidaridad; éstas debería estar relacionadas con la satisfacción de las necesidades humanas básicas». GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad”. *Sistema: Revista de ciencias sociales*. 1991, núm. 101, p. 127.

⁷⁸ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. “La justificación del Estado del bienestar: ¿una nueva concepción de los derechos humanos?”, cit., pp. 67-68; DE LUCAS, J. “Solidaridad y derechos humanos”, cit., pp. 174-177; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. “Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento”, cit., pp. 646-650; LOSANO, M. “La cuestión social y el solidarismo francés: actualidad de una antigua doctrina”, cit., p. 19.

⁷⁹ PECES-BARBA, G. “Apuntes políticos y jurídicos sobre los derechos sociales”, cit., p. 21.

activo del proletariado organizado pudo también haber tenido un rol en la atribución a los derechos sociales de una *dimensión colectiva*.

La así llamada «cuestión social» –la progresiva toma de conciencia y rechazo de la situación deplorable de pobreza y explotación de la clase trabajadora– había generado el *movimiento obrero*, cuyas protestas se iniciaron en Francia hacia la década de 1830. Según G. Peces-Barba y J. Dorado, esta toma de conciencia podría, a grandes rasgos y a pesar de las divergencias nacionales, resumirse en tres fases: (i) una primera etapa en la que las llamadas de atención habrían sido ajenas a la clase obrera o habrían provenido de grupos de obreros privilegiados por educación o una formación política especial –inspirados en algunos casos por la propia internacionalización del movimiento obrero y la lectura de las obras de K. Marx, L. Blanc y otros intelectuales socialistas–; (ii) una segunda fase de difusión de la ideología obrera hacia las masas mayoritariamente analfabetas, en la que propiamente habría surgido la «conciencia de clase»; y (iii) finalmente, la movilización de los trabajadores en organizaciones y el desarrollo del movimiento obrero en torno a dos posiciones fundamentales: la revolucionaria y la reformista; fue especialmente esta última la que pugnó por el reconocimiento de derechos políticos como el de asociación y el sufragio universal masculino, así como de los derechos sociales⁸⁰.

El paulatino reconocimiento de los referidos derechos políticos durante las últimas décadas del siglo XIX dio cauce *legal* al movimiento obrero ya creado e impulsó la formación de partidos políticos obreros, sindicatos y otras agrupaciones como sociedades de socorros mutuos y cooperativas. La presión ejercida ante las instituciones políticas y las empresas por estas diversas agrupaciones y, especialmente, por los partidos y los sindicatos –a pesar de las luchas entre tendencias obreras– fue determinante para impulsar el reconocimiento legal y constitucional de los primeros derechos sociales y, con posterioridad a éste, para mantener y defender esas posiciones ya adquiridas⁸¹.

En una época más reciente, y fundamentalmente en Estados Unidos y Canadá, también cabría destacar el papel que han tenido determinados movimientos sociales en la reivindicación y reconocimiento de derechos políticos y sociales –sobre todo (aunque no sólo) culturales– a favor de determinados grupos: notablemente, de grupos culturales –minorías étnicas, religiosas y lingüísticas– y de grupos desaventajados –*e.g.*, mujeres, personas con discapacidad, colectivos LGTB⁸². Por ejemplo, hacia los años sesenta surgió el Movimiento Negro y, posteriormente, se desarrollaron los movimientos de indios americanos –*e.g.*, el Movimiento Rojo, el Movimiento Indígena–, de hispanohablantes, de judíos americanos, de

⁸⁰ Para una mayor información sobre las posiciones revisionistas, puede consultarse la obra de BERNSTEIN, E. *Las premisas del socialismo y las tareas de la socialdemocracia: problemas del socialismo; el revisionismo en la socialdemocracia*. Del Carril, I.; García Ruiz, A. (trads.). México: Siglo XXI, 1982.

⁸¹ PECES-BARBA, G.; DORADO, J. “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XIX: el contexto de los derechos fundamentales”, cit., pp. 155-159. Así, como explica J. Rivero, en la constitución francesa de 1848 se reconoce a determinados organismos colectivos una función en la sociedad: es el caso claro de la familia, pero también de instituciones agrícolas o instituciones de previsión y crédito. Todo ello, junto con el reconocimiento de las libertades de asociación, reunión y petición constituye a juicio de este autor un considerable intento de renovación basado en la atenuación del individualismo, a la que se ha hecho referencia antes. RIVERO, J. *Les libertés publiques. 1- Les droits de l’homme*. 5ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1974, p. 83.

⁸² RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”. En: COLOMER, J. L.; DÍAZ, E. (eds.). *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002, pp. 409-412.

gays y lesbianas o el feminismo de la diferencia. Como destacan algunos autores, estos grupos se enfrentaron al ideal asimilacionista que había imperado hasta el momento en esos países y que, a grandes rasgos, pretendía lograr la emancipación de los seres humanos mediante políticas que promovieran un trato formal igual con independencia de las diferencias existentes entre grupos. Muy al contrario, estos grupos vinieron a reclamar una «política de la diferencia», considerando que su autoorganización y la afirmación de su identidad cultural de grupo permitían mejorar su participación real en las instituciones dominantes⁸³.

Utilizando la terminología de N. Fraser, podría decirse que el papel de los grupos ha sido notable para reivindicar y mantener tanto políticas de *redistribución* como políticas de *reconocimiento*⁸⁴.

III. EL PASO DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Como ya se ha avanzado, la constitucionalización de los derechos sociales tuvo lugar en estrecha correlación con el tránsito hacia el *Estado social y democrático de Derecho*, a veces también denominado *Estado del bienestar*⁸⁵.

Para E. Díaz, el Estado social podría definirse como una fórmula que, a través de una revisión y ajuste del sistema, evita los defectos del Estado abstencionista liberal –sobre todo el individualismo que le servía de base– mediante la postulación de planteamientos de carácter «social»⁸⁶. Así pues, el Estado social se constituiría como un *avance* respecto al Estado liberal de Derecho y no como una ruptura total frente a éste⁸⁷.

Otra formulación, algo más compleja, sería la de M^a. J. Añón *et al.*:

... aquella modalidad de organización del poder político que comporta una responsabilidad de los poderes públicos en orden a asegurar una protección social y bienestar básico para los

⁸³ *Ibidem*; YOUNG, I. M. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990, pp. 158-163.

⁸⁴ FRASER, N. *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Holguin, M.; Jaramillo, I. C. (trads.). Bogotá: Siglo de Hombres Editores, 1997, pp. 23-26.

⁸⁵ La equiparación entre *Estado social* y *Estado del bienestar* no es en absoluto pacífica. Algunos, como U. K. Preuss, mantienen que el concepto del *Estado social* hace referencia a la alternativa propuesta por H. Heller a la dictadura económica burguesa del capitalismo liberal, y cuyo objetivo sería la emancipación económica y política de la clase trabajadora. Por el contrario, el concepto de *Estado del bienestar* constituiría la aplicación de una teoría económica –la keynesiana– para liberar el potencial del capitalismo en condiciones críticas y que, afortunadamente, habría supuesto la protección de las masas y el incremento de sus ingresos. PREUSS, U. K. "El concepto de los derechos y el Estado del bienestar". En: OLIVAS, E. *Problemas de legitimación en el Estado social*. Madrid: Trotta, 1991, pp. 67-69. No obstante, otros autores entienden que hoy en día la expresión *Estado del bienestar* se ha consolidado no sólo para referirse a las políticas públicas keynesianas sino también a los experimentos de tipo socialdemócrata. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. "La justificación del Estado del bienestar: ¿una nueva concepción de los derechos humanos?", *cit.*, p. 63.

⁸⁶ DÍAZ, E. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1991, p. 83.

⁸⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales.*, *cit.*, p. 27. En la construcción intelectual de este modelo la doctrina suele destacar a L. von Stein, a los representantes del socialismo democrático –los ya referidos L. Blanc, F. Lasalle, E. Bernstein–, a H. Heller –que fue propiamente quien formuló esta noción–, y a dos contribuciones que aportarían al modelo, se dice, la viabilidad práctica necesaria: la teoría económica de J. Keynes y la propuesta de Seguridad Social del informe Beveridge. *Ídem*, pp. 36-41.

ciudadanos que se caracteriza por (a) asumir explícitamente la responsabilidad básica de todos sus ciudadanos, por instituir los derechos sociales, como parte fundamental de la ciudadanía, (b) perseguir la igualdad (una redistribución más equitativa de la renta) y (c) por proveer seguridad económica y servicios sociales para ciertas (o todas) las categorías de sus ciudadanos⁸⁸.

En línea con la definición anterior, la doctrina alemana destaca entre los fines del Estado social la garantía de la «procura existencial» de sus ciudadanos; se trata éste de un concepto formulado originariamente por E. Forsthoff y que hace referencia a las necesidades vitales que el hombre ya no puede asegurarse por sí mismo como consecuencia de la disminución de su «espacio vital dominado» y que, por tanto, le hacen depender del Estado. De este modo, mientras que en el Estado liberal se trataba de proteger a la sociedad *del* Estado –concebidos ambos como sistemas autónomos e independientes–, en el Estado social se trataría más bien de proteger a ésta *mediante* la acción del Estado, reforzándose la interacción entre ambos sistemas⁸⁹.

Siempre a grandes rasgos, algunas características de este modelo podrían resumirse del siguiente modo⁹⁰: (i) de una parte, se incrementaría la intervención estatal en los ámbitos social, económico y laboral dentro del modelo de economía de mercado capitalista –dando lugar al denominado capitalismo intervencionista– y especialmente a través de políticas públicas de promoción del pleno empleo, la redistribución de los recursos y la protección social; (ii) de otra, se crearían las bases institucionales necesarias para propiciar el diálogo y la concertación entre las fuerzas sociales –entre las que se incluirían las corporaciones económicas y asociaciones patronales y sindicales– con el fin de reducir la conflictividad social y laboral. Con todo, cabe matizar que el Estado social no se ha desarrollado unidireccionalmente y, así, es frecuente la distinción de distintos modelos de desarrollo según se conciba la idea de bienestar, la esfera de responsabilidad de los poderes públicos o el grado de institucionalización que deben tener los derechos de la ciudadanía⁹¹.

V. Abramovich y C. Courtis, en su defensa por mantener la distinción de los derechos sociales como una *categoría* –y a pesar de sostener la inexistencia de argumentos válidos de orden lógico-deóntico o relativos a su justiciabilidad que los diferencien de los derechos civiles– sugieren que con la positivación de los derechos sociales y la institucionalización del Estado

⁸⁸ AÑÓN ROIG, M^a J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 28.

⁸⁹ GARCÍA-PELAYO, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2^a ed. Madrid: Alianza, 1985, p. 27. Sobre la procura existencial y el espacio vital dominado, aun desde una visión crítica del Estado social, vid. FORSTHOFF, E. “Problemas constitucionales del Estado social”. En: ABENDROTH, W. *et al.* *El Estado social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 45-67.

⁹⁰ La exposición se basa a esos efectos en la caracterización general ofrecida por AÑÓN ROIG, M^a J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 23.

⁹¹ Así, por ejemplo, M^a. J. Añón *et al.* hablan de un modelo residual y de un modelo institucional: (i) en el primero, el Estado juega un papel mínimo y subsidiario, reservado a las clases más desfavorecidas y en defecto de la autotutela de las necesidades mediante el mercado o instituciones como la familia; (ii) en cambio, en el modelo institucional el Estado «es la instancia principal de provisión del bienestar para todos los ciudadanos, en *colaboración* con otros agentes como el mercado y la familia». Ídem, pp. 31-34. La cursiva es de la autora. A estos efectos, también cabe reseñar la famosa tipología realizada por G. Esping-Andersen: liberal, conservador-corporativo y socialdemócrata. Vid. ESPING-ANDERSEN, G. *Los tres mundos del Estado del bienestar*. Valencia: Alfons el Magnànim, 1993. Otras clasificaciones diferentes se pueden localizar en CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 34-37.

social se habría producido un cambio de *paradigma* en la regulación jurídica⁹². Estas construcciones intentarían explicar un conjunto de soluciones técnico-jurídicas a partir de la asunción de una determinada teoría de las funciones del Estado y de las vinculaciones entre individuo y sociedad⁹³, aunque se trataría en todo de caso de modelos ideales⁹⁴.

Así, para estos autores, el paradigma del *Derecho privado clásico*⁹⁵ se caracterizaría, entre otros, por los siguientes elementos: (i) la unidad de análisis de la acción humana sería *individual* y se presumiría que los sujetos son racionales y tienen capacidad cognoscitiva y volitiva de lo que es mejor para ellos; (ii) asimismo, se partiría de la idea de que la sociedad se halla en estado de equilibrio; y (iii) las funciones asignadas al Estado serían el mantenimiento de un marco legal e institucional confiable –para fomentar la previsibilidad de las transacciones–, la protección de la situación de equilibrio y su restablecimiento en los casos en los que éste se hubiera roto mediante mecanismos no permitidos. En términos jurídicos, dicen, todo lo anterior se traduciría en:

- La construcción de sujetos de derecho *individuales*.
- La *equivalencia* entre estos sujetos de derecho, expresada en nociones como la igualdad formal ante la ley y la igualdad de las partes contratantes.
- La consagración del principio de *autonomía de la voluntad*.
- La limitación de las *funciones del Estado* a: la creación de reglas generales y abstractas (legislación), la protección de bienes jurídicos *individuales* y de las condiciones institucionales de equilibrio económico (seguridad, defensa), el restablecimiento de dicho equilibrio ante la producción ilícita del daño o el incumplimiento de lo pactado

⁹² Sería este cambio de paradigma, unido a la mejor contextualización histórica de la conceptualización y positivación de los derechos, lo que les decantaría hacia el mantenimiento de la distinción terminológica entre derechos civiles y derechos sociales. ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Trotta, Madrid, 2004, pp. 47-49.

⁹³ En puridad, la noción de «paradigma» fue introducida por T. Kuhn en su obra *The Structure of Scientific Revolution* y hace alusión al «conjunto de conceptos universalmente reconocidos que proporciona mecanismos de problematización y soluciones a una comunidad de investigadores durante un cierto tiempo». ARNAUD, A. J.; FARIÑAS DULCE, Mª J. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, cit., p. 55. Simplificándolo en los términos de A. E. Pérez Luño, un paradigma constituye el marco de debate y solución de las cuestiones básicas que suscita el conocimiento. PÉREZ LUÑO, A. E. “Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?” En: PÉREZ LUÑO, A. E. (coord.) *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 11.

⁹⁴ ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 47-49. Los autores advierten de que estos modelos ideales serían útiles a efectos explicativos, pero no captarían de modo exhaustivo –ni lo pretenderían– la complejidad de la realidad histórica y normativa de todos los países en que opera la distinción entre derechos sociales y civiles. La utilidad, afirman, estaría dada por la posibilidad de captar rasgos característicos que darían sentido al empleo de los distintos términos –civil, social– en ejemplos paradigmáticos, pero dan por supuesto que existen ejemplos de regulación jurídica de derechos en los que coexisten rasgos de las dos matrices o frente a los cuales la capacidad explicativa de éstas es escasa. J. Habermas, por su parte, también hace referencia a un paradigma liberal del Derecho y otro del Estado social. HABERMAS, J. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Jiménez Redondo, J. (trad.). Madrid: Trotta, 1998.

⁹⁵ Este paradigma abstraería los elementos más notorios de la codificación civil continental europea y de la doctrina contractual clásica del Derecho anglosajón en los siglos XVIII y XIX. ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 49-50.

contractualmente (justicia civil) y, en los casos más graves, la imposición de sanciones penales.

- El diseño de acciones procesales *individuales*, en las que la medida de la legitimación sería la afectación *individual* de derechos⁹⁶.

El paradigma del *Derecho social*⁹⁷ sería «uno de los vehículos a través de los cuales se realizan las funciones del Estado social, Estado de bienestar o Estado providencia»⁹⁸; no sustituiría completamente al paradigma anterior, pero sí habría corregido lo que se consideraban como disfunciones de éste. Así pues, se caracterizaría por lo siguiente: (i) para empezar, se habría introducido una *dimensión colectiva* en el análisis de la acción humana, mediante la utilización de conceptos analíticos *colectivos* –*e.g.*, la clase social, el grupo o el género– y la incorporación de la idea de mediación social de toda acción individual; (ii) también se habrían señalado límites a la racionalidad de los sujetos y a su capacidad cognoscitiva y volitiva –*e.g.*, motivaciones irracionales, presiones colectivas, falta de información, diferencia de poder, necesidad, coacción, etc.; (iii) las funciones del Estado se habrían multiplicado: regulación de la economía, desmercantilización de ciertos ámbitos, redistribución de ingresos, protección de diferencias que se consideran valiosas, etc.; y (iv) la sociedad se consideraría en estado de conflicto permanente, lo que requeriría mecanismos de negociación y tregua precaria. Al igual que en el caso anterior, este cambio de enfoque habría tenido consecuencias en el plano jurídico, especialmente las siguientes:

- La introducción de *sujetos colectivos* en el Derecho –*e.g.*, sindicatos, asociaciones de consumidores⁹⁹, la construcción de categorías colectivas o grupales de cuya pertenencia dependería el tratamiento jurídico recibido, y de instancias de negociación colectiva que habrían desplazado a las individuales –*e.g.*, convenios colectivos–.
- La consideración de la existencia de *desigualdades materiales* –de poder político, económico, de información– entre distintas clases de sujetos de derecho.
- El establecimiento de *limitaciones* al principio de autonomía de la voluntad, mediante el la regulación legal, el establecimiento de mínimos de interés público indisponibles por los individuos, la nulidad de ciertas cláusulas, etc.
- La ampliación de las funciones estatales: se habrían añadido áreas permanentes de injerencia –bien mediante la gestión directa por el Estado de determinados servicios, mediante el ejercicio de funciones de regulación y control de la tutela de *bienes colectivos* o de su actuación como mediador en ámbitos de negociación y de conflictos

⁹⁶ Ídem, pp. 50-51.

⁹⁷ El paradigma de *Derecho social* pretende captar los aspectos definitorios de un ciclo iniciado en Europa con la modificación de las reglas que regían los accidentes de trabajo y la contratación laboral a finales del siglo XIX y completado progresivamente con la tecnificación de la intervención estatal en ámbitos como la educación, la salud y la seguridad social durante gran parte del siglo XX. Ídem, p. 50.

⁹⁸ Ídem, p. 53.

⁹⁹ Nótese sin embargo que ya con anterioridad el Derecho privado y el público consideraban la existencia de entidades colectivas como las empresas o los Estados, todos ellos dotados de personalidad jurídica y que a efectos jurídicos eran vistos como *personas individuales*. CRUZ PARCERO, J. A. “Sobre el concepto de derechos colectivos”. *Revista Internacional de Filosofía Política*. 1998, núm. 12, pp. 101-102. A esta cuestión se hará referencia con más detalle en el siguiente capítulo 3.

colectivos¹⁰⁰. En este sentido, otros autores se han referido a la importancia de una nueva función o técnica de regulación de comportamientos que, en lugar de las sanciones negativas que reprimen los comportamientos no deseados socialmente, alentaría las conductas sí deseadas mediante incentivos y sanciones positivas –premios, subvenciones, ventajas económicas– con el objetivo de alcanzar mayores niveles de igualdad material y solidaridad: sería la función promocional¹⁰¹.

- Además, como señalan V. Abramovich y C. Courtis, también se habrían diversificado las funciones de la Justicia, que habría adquirido competencia en la solución de los conflictos surgidos en aplicación de regímenes jurídicos especiales, así como para el control de la actividad administrativa de las áreas desmercantilizadas.
- La incorporación de acciones procesales *colectivas o transindividuales*¹⁰².

No se escapa que de las posiciones de V. Abramovich y C. Courtis puede derivarse una clara asociación entre los derechos sociales y los derechos de los grupos¹⁰³ –haciendo a estos autores susceptibles de ser incluidos entre las tesis expuestas en el capítulo 1–. Sin embargo, según se ha podido ver, parece que la tesis paradigmática excede de los meros derechos sociales y se extiende a otras materias que caen bajo la regulación del Estado social. Como señalan estos autores en algún momento, «[l]a distinción de estos paradigmas no se refiere a su *objeto* de regulación, sino a su *modo* de regulación. Esto significa que un mismo objeto de regulación jurídica –por ejemplo, la venta de trabajo por cuenta ajena– puede ser tematizado en términos del derecho privado clásico o del derecho social»¹⁰⁴. Y así –prosiguen–, lo mismo que derechos regulados históricamente en el paradigma de Derecho privado clásico pueden adoptar una orientación social –piénsese en la función social de la propiedad–, los derechos sociales históricamente vinculados en su conceptualización y regulación a este modelo son susceptibles de ser articulados según el paradigma anterior –como sucede cuando desde algunas posiciones se critican las premisas del Estado social–: sin embargo, dada la conexión entre los derechos sociales y este paradigma, parece que el resultado sería poco representativo del contenido que habitualmente se asocia a estos derechos¹⁰⁵. Así pues, de las tesis de estos autores parece desprenderse una nueva lógica de *lo colectivo* que habría impregnado sobre todo la conceptualización y positivación histórica de los derechos sociales, pero también la regulación jurídica en general tras la consolidación del Estado social.

* * * * *

¹⁰⁰ ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 53-56.

¹⁰¹ ARNAUD, A. J.; FARIÑAS DULCE, M^a J. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, cit., pp. 143-144. Vid. también BOBBIO, N. *Contribución a la teoría del Derecho*. Ruiz Miguel, A. (trad.). Madrid: Debate, 1990, pp. 267-269.

¹⁰² ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 53-56.

¹⁰³ Si, a lo dispuesto en las notas a pie 92 y 97, se tiene en cuenta que los autores parecen secundar a F. Ewald cuando éste caracteriza al Derecho social por ser un derecho de grupos, la vinculación está servida. Ídem, p. 56. De hecho, no parece coincidencia que entre la bibliografía consultada por A. Martínez de Bringas sobre los derechos sociales figuren numerosas obras de V. Abramovich y C. Courtis, entre ellas ésta. MARTÍNEZ DE BRINGAS, A. “La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Una lectura política y jurídica desde los derechos sociales”, cit., 113.

¹⁰⁴ ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 60. En cursiva en el original.

¹⁰⁵ Ídem, pp. 60-61.

A modo de recapitulación, cabe decir que –en efecto– pueden detectarse algunos factores de tipo histórico e filosófico que han podido dotar a los derechos sociales de una no irrelevante *dimensión colectiva*: en particular, la crítica a la idea del hombre presocial y abstracto, la superación del individualismo propio de las declaraciones del siglo XVIII o la recuperación del valor de la solidaridad serían algunos de los factores que, durante su construcción intelectual, pusieron de manifiesto esta vinculación de los derechos sociales con la vida en sociedad y la interdependencia de sus diferentes miembros.

Pero, ¿los convierte eso en derechos colectivos? Sigue siendo necesario comprender lo que se entiende hoy en día por tales, a lo que se dedicará el capítulo siguiente. Además, cabe matizar las líneas anteriores recordando que las posiciones socialistas democráticas y liberales progresistas que protagonizaron el diseño intelectual de los derechos sociales en los términos señalados en estas páginas no siempre tuvieron idéntico protagonismo en el reconocimiento de estos derechos en los textos de Derecho positivo. Como ya se ha indicado, la constitucionalización e internacionalización de los derechos sociales ha sido a menudo más una cuestión práctica y resultado de complejos procesos políticos que la clara plasmación de la visión ideológica de estas dos corrientes. En esa lucha política no han sido irrelevantes, como ya se ha visto, los diversos movimientos sociales –desde el movimiento obrero hasta los más recientes movimientos en defensa de otros grupos desfavorecidos, incluyendo las minorías culturales– y las agrupaciones que los han ido representando. Pero, asimismo, en la diversidad de países y contextos también pueden localizarse derechos sociales en constituciones y legislación que han sido más bien fruto de otras fuerzas políticas de corte conservador o propiamente liberal.

Lo que es más, como algunos autores han defendido, los derechos a veces trascienden su origen histórico. Por ejemplo, del hecho de que algunos derechos sociales hayan sido logrados gracias al esfuerzo de la movilización de la clase obrera no se desprende que hoy en día sigan siendo sólo derechos de los trabajadores. Otras veces, lo que sucede es que los fundamentos que en su día justificaron estos derechos –bien en su construcción intelectual o en su plasmación jurídica– no son defendidos hoy unánimemente por todos los autores. En ese sentido, se ha visto que F. J. Laporta defendía la diferenciación entre el contexto de descubrimiento de los derechos y su contexto de justificación. Un ejemplo claro de todo esto que se viene diciendo es el valor de la solidaridad: éste, si bien tuvo una incuestionable relevancia para la reivindicación de esta categoría de derechos –desde el socialismo democrático hasta el liberalismo progresista, pasando por algunos anarquistas y el denominado solidarismo–, hoy en día es frecuentemente remitido a la esfera de las virtudes morales en lugar de como un valor jurídico susceptible de fundamentar derechos. En cualquier caso, todavía hoy se encuentran autores que defienden sólidamente la específica función del valor de la solidaridad en la fundamentación de los derechos sociales –y de otros derechos, incluyendo los de la cuarta generación– por intermedio especialmente de los deberes.

Finalmente, se ha visto que, por lo menos según algunos autores, el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho –al que se vinculan los derechos sociales– habría impregnado la regulación jurídica –y no exclusivamente la de esta categoría– de un nuevo paradigma, que ellos denominan como el paradigma del Derecho social: según éste, se habrían introducido nuevas funciones del Estado, así como categorías y sujetos colectivos de derechos, acciones procesales colectivas o bienes colectivos.

Por todos estos motivos, parece que todavía sigue resultando necesario estudiar la categoría de los derechos sociales según parámetros más actuales que, además de ayudar a determinar en la medida de lo posible si se trata de derechos colectivos según las nociones que a continuación se verán, permitan clarificar si para los académicos y la jurisprudencia esta categoría mantiene o no esa fuerte dimensión colectiva propia de su origen histórico y filosófico y, en su caso, si esa dimensión se justifica desde una perspectiva de derechos humanos.

CAPÍTULO 3: EL CONCEPTO DE “DERECHOS COLECTIVOS” Y LOS PROBLEMAS DE LA CATEGORÍA

Una vez que se han apuntado las principales posturas que asocian la categoría de los derechos sociales a los derechos colectivos o de los grupos y a la dimensión colectiva –en un sentido más amplio–, lo siguiente que resulta necesario aclarar es, precisamente, qué se entiende en la actualidad por *derechos colectivos* o *derechos de los grupos*. No obstante, como se verá a lo largo de estas páginas, ni su concepto, ni su justificación e implicaciones están en absoluto fuera de toda polémica entre la doctrina.

Aunque –como se puede deducir de los capítulos anteriores– la idea de *derechos colectivos* o derechos de determinados *grupos* no es en absoluto novedosa, la reflexión en torno a esta categoría no comenzó a tomar verdadero protagonismo hasta a partir de los años sesenta, con las reivindicaciones a favor del reconocimiento de esos derechos de grupos culturales y desfavorecidos a los que se ha hecho referencia en el capítulo anterior¹. Los orígenes sociales de este creciente interés sobre los derechos colectivos son complejos y difusos, pero no cabe duda de que en el proceso desempeñaron un papel relevante las reflexiones académicas y también esos movimientos sociales que reivindicaban una «política de la diferencia» frente al ideal asimilacionista². En particular, el debate académico sobre los derechos colectivos cobró impulso con las críticas al liberalismo –y especialmente, al liberalismo igualitarista de J. Rawls a raíz de su obra *Teoría de la Justicia*– que se realizaron en buena parte desde las filas de la corriente denominada «comunitarista» y que –entre otras cuestiones– ponían en duda la capacidad del liberalismo de proteger a ciertos grupos culturales mediante la simple garantía de derechos individuales³. Como ya se ha avanzado, comenzaba a articularse así también, junto con el paradigma de la redistribución, el paradigma del reconocimiento.

Entre los derechos reclamados para las minorías culturales referidas destacaban de manera especial algunos de carácter político y/u otros de carácter social –más bien, cultural– como, por ejemplo y respectivamente, (i) los derechos de autogobierno y representación política y (ii) los derechos lingüísticos o el derecho a la supervivencia cultural⁴. En particular, W. Kymlicka

¹ De hecho, según J. A. Cruz Parcero: «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». CRUZ PARCERO, J. A. “Sobre el concepto de derechos colectivos”, cit., p. 95.

² RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., pp. 409-412. YOUNG, I. M. *Justice and the politics of difference*, cit., pp. 158-163.

³ CRUZ PARCERO, J. A. “Sobre el concepto de derechos colectivos”, cit., p. 96. Sobre el debate entre liberales y comunitaristas, al que se harán algunas breves referencias en este capítulo y en el siguiente, vid. PÉREZ DE LA FUENTE, O. *La polémica liberal comunitarista: paisajes después de la batalla*. Madrid: Dykinson, 2005.

⁴ De todos modos, recuérdese que las categorías a las que pertenecen los derechos de las minorías culturales no están en absoluto claras, como se ha puesto de manifiesto en la Introducción. El mismo concepto de minoría tampoco está claro. En los principales instrumentos sobre minorías culturales del sistema universal de protección de los derechos humanos no se ha cristalizado ninguna definición, por lo que las más importantes son de tipo doctrinal. Según F. Mariño Menéndez, «la minoría constituye un grupo humano inferior en número al resto de la población del país, cuyos integrantes residen de modo permanente en el territorio de un Estado determinado y que posee unas características propias de

habla de tres formas de «derechos diferenciados en función de grupo» (*group-differentiated rights*) para tratar adecuadamente las diferencias culturales: derechos de autogobierno, derechos poliétnicos y derechos especiales de representación política⁵. Otros autores, como J. T. Levy, han clasificado los derechos orientados al pluralismo cultural en las siguientes categorías:

TIPOS DE PETICIONES DE DERECHOS CULTURALES SEGÚN J. T. LEVY ⁶	
1	<i>Exenciones de las leyes que penalizan prácticas culturales</i> , que se han reivindicado frente a situaciones en las que la regulación estatal perjudicaba especialmente las prácticas de una minoría religiosa o cultural o bien obligaba a sus miembros a algo que éstos consideraban prohibido. En definitiva, estas reclamaciones pusieron en cuestión la neutralidad cultural de la regulación estatal y trataban de garantizar el ejercicio de las libertades negativas por los miembros del grupo cultural o religioso ⁷ .
2	<i>Asistencia a los miembros de la minoría</i> , que se han justificado en la existencia de minorías culturales desaventajadas por su pertenencia cultural y han permitido a los miembros de estas minorías hacer cosas que la mayoría puede hacer sin ayuda ⁸ .
3	<i>Autogobierno para minorías étnicas, culturales y nacionales</i> , cuando los grupos étnicos y nacionales buscaban una unidad política – <i>e.g.</i> , cantones, provincias, Estados en un sistema federal, Estados independientes– donde las normas fueran creadas por el propio grupo.
4	<i>Reconocimiento</i> en el sistema legal dominante de las leyes tradicionales – <i>e.g.</i> , leyes penales, leyes de familia, derechos de la tierra– de determinados grupos culturales, frecuentemente pueblos indígenas.
5	<i>Reglas externas</i> o normas cuyo objetivo era proteger al grupo cultural y sus miembros de las decisiones de la sociedad dominante; en ocasiones, estas medidas han supuesto la imposición de restricciones para la libertad de los no pertenecientes a esa cultura ⁹ .

naturaleza étnica, religiosa y o lingüística que le dan una identidad propia y lo diferencian del resto de la población, y más en concreto de otros grupos humanos dentro de dicho Estado». Sus rasgos, por lo tanto, son de carácter objetivo –la posesión de caracteres religiosos, lingüísticos o étnico-culturales en general– y subjetivos –la voluntad de persistir en sus diferencias respecto al resto de la población con la que conviven y preservar la existencia e identidad del grupo como tal–. Es importante también que estos colectivos no se encuentren en situación dominante frente al resto de la comunidad del Estado. MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. “Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros”. En: MARIÑO MENÉNDEZ, F. *et al. La protección internacional de las minorías*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 19-20.

⁵ KYMLICKA, W. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 27.

⁶ Véase LEVY, J. T. *El multiculturalismo del miedo*. González Miguel, A. (trad.). Madrid: Tecnos, 2003, pp. 170-206. Las descripciones también se han obtenido de PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 471-498.

⁷ Una de las exenciones vigentes, por ejemplo, permite a los indios americanos el uso religioso del peyote a pesar de su prohibición general por algunas regulaciones estatales en materia de narcóticos y alucinógenos.

⁸ Entre estas medidas estarían los derechos lingüísticos, subvenciones para el fomento de manifestaciones y asociaciones culturales, artísticas, políticas de preferencia para las minorías culturales, etc. En numerosas ocasiones se trata de acciones positivas.

⁹ Por ejemplo, la ley del régimen lingüístico de Quebec *Bill 101*, que establecía normas sobre el uso obligatorio del francés en rótulos comerciales, publicidad empresarial, etc. W. Kymlicka se refiere a estas medidas como “protecciones externas”. Vid. *infra*, apartado I.3 de este capítulo.

6	<i>Reglas internas</i> u orientaciones de conducta para los miembros de la comunidad para preservar la homogeneidad interna del grupo; los sujetos que no se acomoden a ellas pueden ser sancionados con el ostracismo o la excomunión, de modo que estas medidas pueden limitar la autonomía de los miembros de un grupo y la posibilidad de disenso ¹⁰ .
7	<i>Representación especial de las minorías en las instituciones</i> –e.g., la corte suprema, el parlamento, el senado– para asegurar la protección de los intereses de estas minorías y evitar discriminaciones.
8	<i>Reivindicaciones simbólicas</i> , que buscaban el reconocimiento del valor o la existencia de determinados grupos y se han proyectado sobre cuestiones diversas como, por ejemplo, el nombre del país, la bandera, el himno nacional, las festividades, la denominación del grupo cultural o la forma en que su historia es presentada en las escuelas.

Como señala A. García Inda, todas las anteriores medidas abordan demandas con una dimensión colectiva que iría más allá del carácter social propio de todos los derechos. Ello no obstante, se trata de derechos heterogéneos, entre los cuales –por lo menos *a priori*– parecen incluirse algunos de carácter individual y otros de naturaleza colectiva o de ambos tipos a la vez¹¹.

En cualquier caso, aunque el debate en torno a los derechos colectivos haya cobrado protagonismo en relación con la cuestión del pluralismo cultural, lo cierto es que se pueden utilizar sus premisas para analizar no sólo la lista de derechos enunciada por W. Kymlicka o J.T. Levy sino, también, derechos civiles, políticos, sociales y de cuarta generación, y enjuiciar así con ellas las posiciones expuestas en el capítulo 1.

A lo largo del presente capítulo se estudiarán las nociones más típicas hoy en día del concepto jurídico de *derechos colectivos* y se expondrán los principales problemas que esta categoría ha suscitado desde una perspectiva más metafísica y pragmática –si bien no siempre resulta posible separar las cuestiones conceptuales de las normativas, ni éstas de las pragmáticas–.

I. EL CONCEPTO DE DERECHOS COLECTIVOS

Como ya se ha avanzado, lo que se entiende por derechos colectivos no siempre está claro. Para A. E. Pérez Luño, por ejemplo, la expresión “derechos colectivos” –como la de “derechos individuales”– constituye un paradigma de ambigüedad y equivocidad, llegando incluso a calificarla de un «sinsentido peraltado»¹². Es más, sería ésta un tipo de metonimia, pues –dice– toma el objeto que se pretende designar por los sujetos que lo ostentan¹³. Según O. Pérez de la Fuente, el concepto y, en particular, la existencia de derechos colectivos son «esencialmente

¹⁰ Por ejemplo, en ocasiones el casamiento con no miembros de la tribu hace perder a las mujeres su estatus de miembro. W. Kymlicka las denomina “restricciones internas”. Vid. *infra*, apartado I.3 de este capítulo.

¹¹ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 32.

¹² PÉREZ LUÑO, A. E. “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”. En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*, cit., p. 266.

¹³ *Ibidem*. A su juicio, las expresiones derechos individuales y derechos colectivos evocarían facultades o bienes individuales o colectivos conformadores de los derechos, cuando lo que realmente quieren significar no sería otra cosa sin embargo que la idea de que existen formas de titularidad individuales y colectivas.

controvertidos»¹⁴ y dependen de premisas y posiciones ideológicas previas al debate¹⁵. En muchas ocasiones, la polémica se ha desarrollado en varios niveles lingüísticos y conceptuales cuyo efecto ha sido el de difuminar el perfil de los derechos colectivos o incluso negar su mera existencia¹⁶.

Los significados son tan variados que, según O. Pérez de la Fuente:

Por derechos colectivos se ha entendido el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho a un medio ambiente adecuado, los derechos de los Estados, los derechos de las minorías, el derecho de autodeterminación de los pueblos, los derechos de los pueblos indígenas, el derecho de huelga y negociación colectiva, derechos de mujeres, de niños, de discapacitados... La amplitud de significados y los diferentes temas que se abordan en cada uno de estos supuestos reclaman de precisión conceptual, aunque en términos generales la reivindicación de los derechos colectivos supone una consecuencia de determinadas concepciones sobre la sociabilidad humana que desdibujan los perfiles más individualistas. Estas interpretaciones intentan buscar alternativas a la formulación monolítica de los derechos individuales como únicos mecanismos en democracia para garantizar los intereses de las personas¹⁷.

Pues bien, uno de los autores que se han propuesto clarificar el debate y estudiar el concepto de *derechos colectivos* desde un punto de vista analítico ha sido el ya mencionado J. A. Cruz Parceró. Para ello, este autor parte en primer lugar del concepto de *derecho subjetivo*, ya que a su juicio las confusiones en torno a los derechos colectivos surgen a menudo de lo que se entienda por «un derecho sin más»¹⁸. Así –dice–, una definición de los derechos subjetivos como la de R. Dworkin –que parte del individuo y de bienes individualizables– supondría la negación de la existencia de *derechos colectivos* y, además, tendría problemas para incorporar en su teoría a colectividades con las que opera habitualmente el lenguaje jurídico¹⁹.

Y es que, según R. Dworkin, un derecho subjetivo se definiría del siguiente modo:

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 es una finalidad

¹⁴ PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 421-422. Para algunos autores, un concepto esencialmente controvertido cumple tres condiciones: (i) se trata de una discusión entre paradigmas rivales sobre el significado central del concepto; (ii) la controvertibilidad es parte del significado de ese concepto; y (iii) el desacuerdo es indispensable para el uso del término. Para otros autores, se trata de conceptos evaluativos, complejos, que tienen carácter argumentativo y desempeñan una función dialéctica. Ídem, pp. 113-114.

¹⁵ Ídem, p. 422. Algunas de esas premisas se refieren a la concreta conceptualización de los derechos, a la que se hará referencia a continuación, o a cuestiones como la dicotomía entre la tesis atomista o la tesis social del yo situado, el respeto al individualismo metodológico o la irreductibilidad de los bienes públicos o los elementos relevantes para la agencia moral. De buena parte de estas premisas se hablará en el apartado II.1 de este capítulo.

¹⁶ Ídem, p. 430.

¹⁷ PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit, pp. 430-431. El subrayado es de la autora. Como se puede ver, se hace referencia a numerosos derechos que se pueden encuadrar en la categoría de derechos sociales.

¹⁸ CRUZ PARCERO, J. A. “Sobre el concepto de derechos colectivos”, cit., p. 98.

¹⁹ Ídem, p. 99.

política no individualizada, es decir, un estado de cosas cuya especificación no requiere así ninguna expectativa, recurso o libertad en particular para los individuos determinados²⁰.

Consecuentemente, J. A. Cruz Parceró prefiere apoyarse en definiciones “neutras” con respecto a la cuestión de la titularidad y las razones para los derechos²¹, como aquellas que – en la línea de W. N. Hohfeld– ven a los derechos como posiciones o relaciones. Para este último, los enunciados donde se emplea el concepto de derecho (subjetivo) pueden descomponerse en cuatro tipos de relaciones, siguiendo un esquema de *opuestos* o de *correlativos jurídicos*: (i) según el esquema de *correlativos*, las relaciones serían las de pretensión-deber, privilegio-no derecho, potestad-sujeción e inmunidad-incompetencia; (ii) según el esquema de *opuestos*, las relaciones serían las de pretensión-no derecho, privilegio-deber, potestad-incompetencia e inmunidad-sujeción²², como muestra la siguiente tabla:

Relaciones jurídicas fundamentales	Correlativos jurídicos	Opuestos
Pretensión	Deber	No derecho
Privilegio	No derecho	Deber
Potestad	Sujeción	Incompetencia
Inmunidad	Incompetencia	Sujeción

En particular –recuerda J. A. Cruz Parceró–, este tipo de relaciones están compuestas por tres elementos: (i) el portador o titular del derecho, (ii) el destinatario del derecho y (iii) el objeto del derecho. Así pues, el resultado será diferente según lo que constituya cada uno de los elementos anteriores²³:

De ahí que cuando nos preguntamos por los derechos colectivos surjan tres tipos de cuestiones: la primera cuando el titular del derecho (a) es un grupo o una comunidad; la segunda cuando el objeto del derecho (G) es un bien individual o un bien colectivo, y la tercera (b) cuando el destinatario es a su vez otro individuo o un grupo. Estas cuestiones son muy distintas y dan lugar a distintos problemas. Normalmente se habla de derechos colectivos cuando el titular es un grupo o cuando el objeto es un bien colectivo²⁴.

²⁰ DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Guastavino, M. (trad.). 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1989, p. 159.

²¹ CRUZ PARCERO, J. A. “Sobre el concepto de derechos colectivos”, cit., p. 99. En efecto, para este autor una teoría analítica o estructural de los derechos debería separar entre las dos siguientes cuestiones: (i) por un lado, la relativa a qué es un derecho como posición o relación jurídica (o moral) y (ii) por el otro, la relativa a quiénes pueden ser titulares de derechos.

²² HOHFELD, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Carrió, G. R. (trad.). 2ª ed. México: Fontamara, 1992, p. 47 y 50.

²³ CRUZ PARCERO, J. A. “Sobre el concepto de derechos colectivos”, cit., p. 99.

²⁴ CRUZ PARCERO, J. A. *El lenguaje de los derechos: ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 108. El subrayado es de la autora. Así, tanto en el lenguaje jurídico como en el lenguaje común los siguientes cuatro enunciados (que combinan diferentes variables de titularidad y objeto) serían considerados como derechos colectivos: (i) «los pueblos indígenas tienen derecho a la autodeterminación»; (ii) «la universidad es propietaria de la mejor computadora del país»; (iii) «Pedro tiene derecho a un ambiente sano»; (iv) «Pablo tiene derecho a las prestaciones de su contrato colectivo de trabajo». Ídem, pp. 108-109.

Por lo tanto, según este autor, en el lenguaje jurídico y el lenguaje común se pueden encontrar usos del término *derechos colectivos* que hacen referencia tanto a derechos cuyo *titular* es colectivo como a derechos cuyo *objeto* es colectivo²⁵. La ambigüedad que deriva de este término por estas y otras causas ha motivado a algunos autores a rechazar su uso, sustituirlo por otro o restringirlo.

Siguiendo esta propuesta de J. A. Cruz Parceró, a lo largo de las próximas líneas se analizarán algunas de las principales concepciones de los derechos colectivos en función de cada uno de los elementos que componen las relaciones triádicas –titulares, objeto y destinatario–.

Cabe aclarar, sin embargo, que la que sigue no es la única clasificación posible. Por ejemplo, O. Pérez de la Fuente habla de cuatro *modelos de derechos colectivos* adaptando en parte una categorización de los derechos subjetivos realizada por H. Kelsen. Según esta otra propuesta, las concepciones o modelos de derechos colectivos serían los siguientes: (i) derechos colectivos como voluntades jurídicamente protegidas; (ii) derechos colectivos como intereses jurídicamente protegidos, esto es, derechos a bienes colectivos; (iii) derechos diferenciados en función de grupo; y (iv) derechos políticos²⁶.

1. Titularidad:

Si, por lo tanto, la definición analítica de *derecho* no condiciona de antemano quiénes pueden ser sus titulares, se plantean algunas cuestiones: ¿pueden las teorías que *justifican* la existencia de derechos admitir –desde un punto de vista conceptual– que los grupos sean sus titulares? ¿Son las comunidades o los grupos titulares de derechos en un determinado ordenamiento jurídico?

(i) *Los grupos como titulares de derechos: perspectiva conceptual*

Para L. Rodríguez Abascal, la respuesta a la primera de las preguntas es afirmativa: así, ninguna de las dos grandes teorías –la teoría de la voluntad y la teoría del interés– proscribe *in principio* los derechos de grupo²⁷. El razonamiento es como sigue:

- Según la *teoría de la voluntad* –o la teoría de la elección (*choice theory*)–, tener un derecho es tener un ámbito de la voluntad propia que se reconoce en un sistema normativo como preeminente sobre la voluntad de otros. Esta corriente por lo tanto pone énfasis en la voluntad del titular y en su capacidad de elección²⁸. Así pues, para J. A. Cruz Parceró, los afines a esta teoría tratarán de saber si los grupos o comunidades tienen voluntad propia y, por lo tanto, pueden ser titulares de derechos²⁹. Según L. Rodríguez Abascal, por su parte, para que la teoría de la voluntad sea compatible con los

²⁵ En línea semejante se pronuncia J. González Amuchastegui al afirmar que cuando se habla de derechos colectivos se puede estar haciendo referencia o bien a derechos (de particulares) sobre bienes colectivos, o bien a derechos de titularidad colectiva. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. “La justificación del Estado del bienestar: ¿una nueva concepción de los derechos humanos?”, cit., p. 78.

²⁶ PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., pp. 499-500.

²⁷ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 415.

²⁸ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. *La razón de los derechos*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 39.

²⁹ CRUZ PARCERO, J. A. “Sobre el concepto de derechos colectivos”, cit., p. 101.

derechos de titularidad colectiva sólo habría que admitir algún modo válido de formular la *voluntad colectiva*³⁰.

- En cambio, según la *teoría del interés* –o teoría del beneficiario (*beneficiary theory*)– tener un derecho es tener, en un sistema normativo, un ámbito del propio interés protegido mediante la imposición de limitaciones a los actos de otros que afecten a ese ámbito. Esta corriente, en consecuencia, enfatiza el interés o beneficio que el derecho aporta a su titular³¹. De este modo, para J. A. Cruz Parceró, los partidarios de la teoría del interés deberán determinar si las comunidades o grupos tienen intereses distintos a los de sus miembros y si tales intereses pueden originar derechos³². En palabras de L. Rodríguez Abascal, para que esta teoría sea compatible con los derechos de titularidad colectiva habría que aceptar que algunos intereses son colectivos, indivisibles y tan importantes que pueden dar lugar a derechos fundamentales³³.

De todos modos, cabe aclarar con M^a. C. Barranco que las formulaciones actuales sobre los derechos otorgan relevancia tanto al interés como a la voluntad del titular; es por ello el debate entre las teorías de la voluntad y las teorías del interés se centraría en el elemento predominante³⁴.

Lo anterior no quiere decir que la justificación de los derechos colectivos no haya sido cuestionada por representantes de las anteriores teorías, en especial por numerosos autores de tendencia liberal. Algunas de estas objeciones se analizarán en el apartado II.1 de este capítulo, pero sirva como adelanto que para estos teóricos el único titular posible de derechos sería el *individuo*.

Siguiendo con L. Rodríguez Abascal, incluso si se acepta que no hay nada en la idea de “tener un derecho” que impida atribuirlo a grupos de personas, todavía se podría plantear un problema conceptual a este tipo de derechos: el relativo al papel desempeñado en ellos por el grupo³⁵. ¿Pueden todos o algunos derechos colectivos descomponerse en conjuntos de derechos individuales? Algunos autores así lo defienden, ya sean detractores o partidarios de la primera de estas categorías. De este modo, esos autores estarían de acuerdo en que los derechos que pueden ser descompuestos en derechos individuales no son derechos colectivos³⁶. Para algunos de ellos, desde las premisas del individualismo metodológico, esta objeción directamente elimina la categoría de los derechos colectivos³⁷. Para otros,

³⁰ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 415.

³¹ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. *La razón de los derechos*, cit., p. 39. Para algunos autores, cabría objetivar el interés del sujeto a través de la noción de necesidades. Vid, por ejemplo, HIERRO, L. L. “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”. *Sistema: Revista de ciencias sociales*. 1982, núm. 46, pp. 45-61; AÑÓN ROIG, M^a. J. *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

³² CRUZ PARCERO, J. A. “Sobre el concepto de derechos colectivos”, cit., p. 101.

³³ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 415.

³⁴ BARRANCO AVILÉS, M^a. C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit., p. 100.

³⁵ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 415.

³⁶ Ídem, p. 416.

³⁷ Entre estos autores, L. Rodríguez Abascal destaca por ejemplo a M. Hartney: este autor sostiene que no hay ninguna categoría de derechos que no pueda ser atribuida a individuos, por lo que no habría derechos morales propios de las entidades colectivas. HARTNEY, M. “Some Confusions Concerning Collective Rights”. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 1991, núm. 2, pp. 309-310. Este argumento está relacionado con la tesis normativa que afirma que a veces los derechos colectivos serían

simplemente restringe conceptualmente la esfera de los que se pueden considerar verdaderos derechos colectivos³⁸. De acuerdo con estos últimos, L. Rodríguez Abascal afirma lo siguiente:

Si decidiésemos llamar “derechos de grupo” a los derechos que pueden ser descompuestos en derechos individuales, entonces absolutamente todos los derechos individuales serían también derechos de grupo. Los derechos individuales siempre tienen como titulares a una clase de personas –en el sentido lógico de la palabra “clase”. Llamar “derechos de grupo” a aquellos derechos cuya titularidad recae sobre los individuos de una clase permitiría llamar “derechos de grupo”, por ejemplo, a los derechos humanos universales, que recaen sobre la clase “seres humanos”, el grupo de individuos que llamamos “humanidad”. No se ve cuál sería la utilidad de tener dos etiquetas, “derechos individuales” y “derechos de grupo”, aplicables indistintamente a una misma situación normativa. [...] Si los derechos de grupo son solamente conjuntos de derechos individuales, entonces el concepto “derecho de grupo” es redundante y genera confusión. Sólo los derechos de grupo que no pueden ser descompuestos en derechos individuales consiguen evitar este grave problema³⁹.

Así pues, señala este autor, no todos los llamados *derechos de grupo* conseguirían pasar este filtro conceptual: por ejemplo, tal sería –dice– de los derechos de las parejas gays y lesbianas a contraer matrimonio, los derechos que exceptúan el ámbito de aplicación de algunas normas o los derechos otorgados a grupos desaventajados –*e.g.*, derecho al subsidio de desempleo, a la pensión de jubilación o la pensión de invalidez–. A su juicio, por lo tanto, el rasgo que caracterizaría a los *derechos de grupo* genuinos sería el de la *indivisibilidad*, esto es, la imposibilidad de ser reducidos a derechos individuales⁴⁰.

No todos parecen estar de acuerdo con el requisito de la indivisibilidad tal y como es propuesto por L. Rodríguez Abascal y los autores por él citados. Es cierto, por ejemplo, que B. Parekh distingue entre *derechos colectivos primarios* –*i.e.*, aquéllos que pertenecen a las colectividades *qua* colectividades– y *derechos colectivos derivados* –*i.e.*, aquéllos que surgen de la puesta en común de derechos individuales–⁴¹. Pero es que, dentro de los derechos colectivos primarios, este autor se refiere a casos similares a los excluidos por L. Rodríguez Abascal: por ejemplo, el derecho de los sijs a llevar turbante o de los empleados musulmanes a realizar una pausa durante sus oraciones religiosas. Lo que ocurre es que, para B. Parekh, éstos son derechos colectivos «ejercidos individualmente». Frente a este tipo de derechos colectivos

redundantes a los derechos individuales, aunque en este caso se utiliza para tratar la cuestión desde un punto de vista conceptual que afecta, sobre todo, a la titularidad; de la tesis de la redundancia se hablará en el apartado II.1.(iii) de este capítulo.

³⁸ Es el caso, por ejemplo, de V. van Dyke: en su defensa de los derechos colectivos, este autor señala que a veces, cuando se dice que los grupos tienen derechos, en realidad éstos se otorgan a los individuos en su condición de miembros. Lo anterior no excluiría sin embargo el hecho de que en ocasiones a los grupos *en cuanto tales* también se les hayan otorgado derechos. VAN DYKE, V. “Human Rights and the Rights of Groups”. *American Journal of Political Science*. 1974, núm. 18, pp. 728-729. También parece defender esta postura WELLMAN, C. H. “Liberalism, communitarism, and group rights”. *Law and Philosophy*. 1999, núm. 18, pp. 13-40.

³⁹ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., pp. 416-417. El subrayado es de la autora.

⁴⁰ Ídem, p. 417. En una línea parecida, P. Jones señala que los derechos de grupo son derechos del grupo *qua* grupo. No todos los derechos que están asociados con la pertenencia a un grupo o con la actividad de un grupo –dice– son derechos de grupo. Lo que distinguiría a un derecho de grupo sería su *sujeto*. JONES, P. “Human Rights, Group Rights, People’s Rights”. *Human Rights Quarterly*. 1999, núm. 21, pp. 82-83.

⁴¹ PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo: diversidad cultural y teoría política*. Chaparro, S. (trad.). Madrid: Istmo, 2000, p. 318.

primarios, B. Parekh opone los derechos colectivos «ejercidos colectivamente», que para muchos serían los verdaderos derechos colectivos –*e.g.*, el derecho de una comunidad a la representación política o a ser consultada en asuntos de vital importancia⁴².

Con todo, la posición de B. Parekh no es habitual. Algunos autores, ateniéndose a razonamientos semejantes a los señalados con anterioridad, han planteado diferenciar los términos de *derechos colectivos* y *derechos de grupo*: por ejemplo, M. Hartney parece abierto –aunque un tanto escéptico– a la posibilidad de utilizar el término “derechos de grupo” (*group rights*) para los derechos limitados a los miembros de algún grupo y reservar el de “derechos colectivos” a los propios de las entidades colectivas –que rechaza⁴³.

En España este tipo de clasificaciones resulta bastante común. G. Jáuregui, por ejemplo, propone diferenciar entre lo que él considera derechos colectivos *stricto sensu* y otros derechos que tendrían que ver con la colectividad pero que no podrían ser considerados derechos colectivos en el sentido anterior, distinguiendo asimismo entre la *titularidad*, el *ejercicio* de los derechos y el tipo de interés protegido⁴⁴. En particular, si se dejan al margen los derechos individuales –que define como derechos de titularidad individual, ejercidos por cada individuo en aras a proteger unos intereses también individuales–, existirían otros tres tipos de derechos relacionados con los grupos:

- *Derechos específicos de grupo*: serían derechos cuya titularidad reside en el individuo en función de su pertenencia a determinado grupo. Protegerían intereses individuales en un ámbito colectivo concreto.
- *Derechos de grupo*: serían derechos de titularidad individual que requerirían para su ejercicio la participación de una pluralidad o grupo. Se trataría de derechos individuales de ejercicio colectivo.
- *Derechos colectivos*: derechos cuya titularidad recaería propiamente en el colectivo y que tratarían de proteger la *cohesión interna*⁴⁵.

De manera muy similar –aunque con distinta terminología–, A. García Inda propone separar conceptualmente entre varios tipos de derechos a los que a menudo se haría alusión como derechos colectivos:

- *Derechos especiales o de grupo*: éstos serían derechos individuales pero atribuidos únicamente a los miembros de una colectividad en función de esa pertenencia; el derecho, por lo tanto, sería de titularidad individual y su ejercicio podría ser individual o colectivo, bajo la condición de la pertenencia al grupo.
- *Derechos asociativos*: también serían derechos de los individuos, pero su ejercicio sería necesariamente colectivo, esto es, requeriría el concurso de varios individuos.
- *Derechos colectivos en sentido estricto*: se trataría de derechos del grupo *en cuanto tal*, que se atribuirían a la colectividad. Lo anterior no quiere decir –apunta el autor– que

⁴² Ídem, p. 321.

⁴³ HARTNEY, M. “Some Confusions Concerning Collective Rights”, cit., p. 311.

⁴⁴ JÁUREGUI, G. “Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible”, cit., pp. 56-57. Nótese, sin embargo, que a veces la titularidad y el ejercicio no resultan sencillas de separar, como se verá más adelante.

⁴⁵ Ídem, p. 57.

estos derechos sean contrarios a los intereses de los individuos. Así pues, los derechos colectivos en sentido estricto serían los derechos *de* los colectivos⁴⁶.

Estas consideraciones no sólo implican el rechazo de posiciones que consideran como derechos colectivos los derechos atribuidos a los miembros de un grupo o categoría, sino también la de aquéllas –como la de J. Rivero– que también incluyen a los derechos individuales cuyo *ejercicio* es colectivo. Para estos autores, como se ha visto, esos derechos no serían derechos colectivos en sentido estricto sino *derechos asociativos* –según A. García Inda– o *derechos de grupo* –según G. Jáuregui–.

En particular, M. Hartney ha criticado las posiciones que asocian los derechos colectivos a los derechos ejercidos por los grupos. Si lo que pretenden estas posiciones es defender que los derechos que se ejercen colectivamente no pueden atribuirse a individuos sino que deben atribuirse a los grupos, se trata a su juicio de un principio demasiado amplio. Aunque estos derechos no puedan ser ejercidos por una persona –*e.g.*, los derechos de asociación y reunión– no dejan de ser derechos individuales: (i) para empezar, porque a las personas individualmente consideradas se les puede impedir el ejercicio de ese derecho, y en tales casos es el individuo a quien se le ha violado el derecho; (ii) en segundo lugar –dice–, porque ese derecho colectivo tendría que atribuirse a la totalidad de la ciudadanía, y habría buenas razones para no adscribir derechos al conjunto de la sociedad⁴⁷.

Por otro lado –prosigue M. Hartney–, si lo que pretenden estas posiciones es simplemente reformular la noción de derechos colectivos para que se refiera a los derechos que se ejercen colectivamente –dejando, por lo tanto, al margen la cuestión de si se atribuyen o no a los grupos como consecuencia de ese ejercicio–, entonces lo que tiene esta postura es poco interés. Si a cada derecho que sólo puede ser ejercitado conjuntamente con otras personas se lo denomina derecho colectivo, entonces hasta el derecho al matrimonio pertenecería a esta categoría, lo cual difiere demasiado de la práctica establecida⁴⁸.

Lo que señala este autor no deja de tener relevancia, pero cabe apuntar a este respecto que el hecho de que una clasificación no se ajuste a los estándares tradicionales no la convierte necesariamente en descartable, puesto que puede abrir los ojos a nuevas posibilidades o maneras de entender los conceptos. Como se verá, esto sucede con la noción de derechos colectivos como derechos a bienes colectivos, que en algunos casos se conecta también con el disfrute o ejercicio colectivo.

(ii) *La existencia de derechos colectivos en un determinado ordenamiento jurídico*

La segunda de las preguntas a las que se ha hecho referencia en el presente apartado cuestionaba la efectiva existencia de derechos colectivos de comunidades o grupos en un determinado ordenamiento jurídico. La respuesta a esta cuestión, en realidad, depende

⁴⁶ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 113.

⁴⁷ HARTNEY, M. “Some Confusions Concerning Collective Rights”, cit., p. 310. Como se puede ver, la última razón es de carácter normativo y no tanto conceptual.

⁴⁸ Ídem, p. 311.

fundamentalmente de la voluntad de los poderes públicos, con especial importancia del legislador⁴⁹.

Con el fin de desdramatizar el debate en torno a la categoría de derechos colectivos y también de mostrar las supuestas paradojas del discurso individualista, numerosos autores han puesto de relieve la tradicional existencia de derechos colectivos en el seno de los ordenamientos internos y en el Derecho internacional⁵⁰. En este último, notablemente, destacarían los derechos otorgados a los Estados pero también a otros sujetos colectivos⁵¹, a pesar de las muchas imprecisiones e indefiniciones de este ordenamiento. Tanto es así, que para N. López Calera:

A pesar de tantos problemas, el primer dato que debe constar para empezar a hablar de las teorías de los derechos colectivos es que los derechos colectivos existen al menos en el derecho internacional, o, en otras palabras, que el derecho internacional niega la negación de los derechos colectivos⁵².

En el Derecho interno, se afirma, también se habrían reconocido derechos a sujetos colectivos tanto en el nivel constitucional como en niveles inferiores, siendo un ejemplo notable los derechos de los que son titulares las así llamadas *personas jurídicas* en el Derecho privado y el

⁴⁹ CRUZ PARCERO, J. A. "Sobre el concepto de derechos colectivos", cit., p. 101; vid. también HARTNEY, M. "Some Confusions Concerning Collective Rights", cit., p. 301.

⁵⁰ Vid., por ejemplo, LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, cit., pp. 37-52; JÁUREGUI, G. "Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible", cit., pp. 51-54.

⁵¹ En este sentido, cabe destacar la reciente tendencia hacia el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas. A estos efectos, véase por ejemplo (i) el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de 27 de junio de 1989 y (ii) la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la resolución núm. 61/295 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 13 de septiembre de 2007. Doc. ONU A/RES/61/295. Según el llamado «Informe Martínez Cobo», «son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios se consideran distintos de otros sectores de la sociedad que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales». Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas: Doc. ONU E/CN.4/Sub. 2/1986/7 & Add. 1-4.

⁵² LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, cit., p. 45. Con todo, F. M. Mariño Menéndez matiza un poco este tipo de afirmaciones: «A veces se encuentran referencias doctrinales al Estado como si él mismo fuera o constituyera un "grupo humano"; sin embargo, lo apropiado en el sentido del Derecho internacional reside simplemente en la afirmación de que decir "estatalidad" es lo mismo que decir *condición soberana* de la entidad política por medio de la cual una sociedad humana determinada se gobierna dentro del territorio concreto que habita. // Sólo en un sentido poco útil puede decirse que un Estado sea un "grupo" en cuanto que es cierto que la "entidad política soberana" se configura en la práctica como una especie de entidad colectiva que está formada por la multitud de individuos que constituyen el *apartado estatal* propiamente dicho. Pero para el Derecho Internacional lo propio del Estado soberano es que sus órganos gobiernan y representan internacionalmente a la sociedad humana o *grupo humano que constituye su base social* y de que, lógicamente, también forman parte los individuos que ostentan la condición de órganos del propio Estado». MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. "Derechos colectivos y ordenamiento jurídico internacional". En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*, cit., p. 79.

Derecho público⁵³.

No obstante, sobre este particular se plantean algunas objeciones. Para empezar, algunos se preguntan si realmente existen los entes colectivos o no se trata nada más que de ficciones legales. Así, a lo largo del tiempo se han ido decantando algunas posturas “ficcionalistas” y otras “no ficcionalistas” sobre la subjetividad jurídica: las primeras parten de la base de que sólo existen los individuos y de que las personas jurídicas son una simple creación legal, frente a las que consideran que estas entidades existen en la realidad desde perspectivas sociológicas, idealistas, orgánicas, formalistas, etc.⁵⁴ Algunos autores, por su parte, se sitúan a medio camino. N. López Calera, por ejemplo, considera que los sujetos colectivos existen pero se desenvuelven entre la realidad y la ficción; en otras palabras: no constituirían ni una simple ficción legal ni una mera realidad sociológica, política o material⁵⁵. Así, señala:

Es cierto que lo real-empírico son los individuos. Sin sujetos individuales no es posible concebir sujetos colectivos. Pero también es cierto que, en todos los lenguajes, hay enunciados como “sujetos colectivos” con una semántica propia y diferente de la que se tiene para los sujetos individuales, y son enunciados que se refieren a realidades, no a puras fantasías o imaginaciones. Los sujetos colectivos existen y son el resultado o una creación de los individuos que como seres sociales necesitan de la cooperación interindividual para ser incluso meros individuos, aunque no todos los grupos pueden ser tenidos como titulares de derechos ni por el objeto de la asociación ni por su organización⁵⁶.

Según G. Rosado Iglesias, en el momento actual parece existir cierto consenso sobre el concepto de persona jurídica, y se ve en esta noción la respuesta a una realidad social: a grandes rasgos –prosigue la autora–, se trataría de la organización creada a partir de la agrupación voluntaria de una pluralidad de personas físicas, con una finalidad común y con una identidad propia y diferenciada que trascendería la de los individuos que la componen, dotada de órganos que expresarían una voluntad independiente de la de sus miembros y de un patrimonio propio, separado del de sus integrantes, a la que el ordenamiento jurídico

⁵³ LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, cit., pp. 45-52. Según G. Jáuregui, en el Preámbulo y el Título I de la Constitución española de 1978 hay un total de 24 referencias a colectividades o grupos y a derechos relacionados con éstos. JÁUREGUI, G. “Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible”, cit., pp. 51-54. De todas maneras, cabe señalar que los grupos a los que se reconocen derechos en los ordenamientos internos no son siempre personas jurídicas, aunque a veces el reconocimiento del derecho haya conllevado simultáneamente la personalidad jurídica. Piénsese por ejemplo en las familias, que no suelen tener esta condición.

⁵⁴ ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 99-105.

⁵⁵ LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, cit., p. 128.

⁵⁶ Ídem, pp. 105-106. El subrayado es de la autora. Para N. López Calera, otra de las razones que apuntarían a que los sujetos colectivos no son simples entes de ficción sería el condicionamiento relativo que generaría en los individuos la pertenencia al grupo en que viven. En ese sentido –apunta el autor– se podría decir que hay colectividades que tienen entidad e incluso, en cierto sentido, personalidad. Ello no obstante, advierte del riesgo de caer en la metafísica sustancialista de los entes colectivos, y los considera (como se desprende de la cita anterior) productos históricos favorecidos por la dimensión humana de la socialidad y que persiguen el logro de intereses que no pueden ser alcanzados individualmente o que, por otras conveniencias, requieren un esfuerzo colectivo o no individual. Ídem, pp. 131-132 y 146. Por supuesto, la postura de que «lo real-empírico sean los individuos» se aproxima al individualismo metodológico y podría ser cuestionado desde otros enfoques no individualistas.

atribuiría personalidad y, consecuentemente, reconocería capacidad para actuar en el tráfico jurídico, como sujeto independiente de derechos y obligaciones⁵⁷.

M. Hartney también combina los dos puntos de vista, pero aporta un dato esencial para lo que ahora nos ocupa: desde una perspectiva jurídica –señala– las personas jurídicas no son *grupos*, sino *individuos*. Esto es: (i) para M. Hartney, no cabe duda de que desde un enfoque sociológico las *corporaciones* o *sociedades* constituyen entidades colectivas, grupos de personas comprometidas con determinadas tareas relacionadas unas con otras; (ii) ahora bien, desde un punto de vista jurídico, una *sociedad* sería una persona *individual, ficticia* –una *persona jurídica*–, distinta de las personas que constituyen el grupo sociológico⁵⁸. Por lo tanto, desde esta perspectiva jurídica, cualquier derecho que posea una corporación o incluso un Estado no sería un derecho colectivo, sino *individual*. Así pues, según M. Hartney, las leyes actuales según están configuradas no permitirían a los *grupos* ser titulares de derechos –lo que no quiere decir que *nunca* pudieran hacerlo–⁵⁹.

Otros autores también consideran que las personas jurídicas son un caso aparte cuando hablamos de derechos colectivos. Por ejemplo, Y. Tamir distingue las nociones de derechos colectivos (*collective rights*) y de derechos asociativos o corporativos (*associational and corporate rights*): mientras que los últimos serían los derechos de las personas jurídicas o las colectividades organizadas, los primeros harían referencia a las entidades informales y serían difíciles de encuadrar dentro del lenguaje de los derechos⁶⁰.

No obstante, también las ficciones legales en términos individuales presentan inconvenientes. A juicio de J. A. Cruz Parceró, hablar de entidades colectivas tendría un *sentido* distinto a hablar de individuos, razón por la cual no habría que aceptar teorías que reemplacen a las personas colectivas. El problema entonces –sigue– no estaría en la respuesta a la pregunta sobre qué son las colectividades y si pueden ser titulares de derechos en cuanto entes distintos a sus miembros, sino qué sentido tendrían tales enunciados donde se referencia a una persona colectiva y si podrían traducirse haciendo referencia a derechos individuales⁶¹:

De hecho pienso que el problema comienza cuando usamos el término «persona» para referirnos a una colectividad, es decir, a un conjunto de individuos [...]. Pero es más que un problema de términos, porque si bien cuando queremos nombrar a un colectivo determinado solemos usar algún término gramatical singular (*el pueblo, la comunidad, la universidad, la Asociación X, etc.*) de modo que siempre se presenta una *individualización* de un grupo, esto no significa que deba operar una personificación, en el sentido [de] que le tengamos que atribuir las cualidades de una persona física o que el trato tenga que ser el mismo. El uso de metáforas tiene límites y eso es en ocasiones lo que no vemos⁶².

Para A. García Inda, cuando el Derecho trata a una colectividad como si fuera un individuo, según la teoría de la ficción legal, ello no quiere decir que esa colectividad no tenga una existencia real, pero tampoco quiere decir que ni que la identifique simple y llanamente con la

⁵⁷ ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., pp. 97-99 y 106.

⁵⁸ HARTNEY, M. "Some Confusions Concerning Collective Rights", cit., p. 305.

⁵⁹ Ídem, p. 306.

⁶⁰ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 96.

⁶¹ CRUZ PARCERO, J. A. "Sobre el concepto de derechos colectivos", cit., p. 103.

⁶² CRUZ PARCERO, J. A. *El lenguaje de los derechos: ensayo para una teoría estructural de los derechos*, cit., p. 114. En cursiva en el original. El subrayado es de la autora.

existencia de ese individuo ni que todas las personas jurídicas tengan la misma existencia. Y así: «El discurso jurídico recurre a la lógica del fingimiento, la lógica del “como si...”, para poder intervenir sobre una realidad que no puede ser tratada de otro modo, pero que requiere inevitablemente, por su propia importancia real, ser atendida»⁶³.

Sobre las cuestiones normativas que plantea la cuestión de las personas jurídicas también se hablará más adelante, en el apartado II.1.(i) de este capítulo.

2. Bienes colectivos como objeto de los derechos:

El segundo de los sentidos atribuidos al concepto de derechos colectivos hace referencia a la naturaleza del *objeto* del derecho, aunque para algunos autores esto tenga también consecuencias en la titularidad. Existen distintas versiones de esta teoría.

Uno de los autores que –en el marco de su argumentación frente a las teorías morales basadas en derechos– se ha referido en este sentido a los derechos colectivos ha sido J. Raz. Para éste, los derechos colectivos son intereses de los individuos, en tanto que miembros de un grupo, en un *bien público*⁶⁴. En realidad, la definición es un poco más compleja:

A collective right exists when the following three conditions are met. First, it exists because an aspect of the interest of human beings justifies holding some person(s) to be subject of a duty. Second, the interests in question are the interests of individuals as members of a group in a public good and the right is a right to that public good because it serves their interest as members of a group. Thirdly, the interest of no single member of that group in that public good is sufficient by itself to justify holding another person to be subject of a duty.

The first condition is required for collective rights to be consistent with humanism. Rights, even collective rights, can only be there if they serve the interests of individuals. In that sense collective interests are a mere *façon de parler*. They are a way of referring to individual interests which arise out of the individuals' membership in communities. The other two conditions distinguish a collective right from a set of individual rights⁶⁵.

¿En qué consiste un *bien público*? J. Raz hace referencia al rasgo de la *no-exclusividad* en la provisión del bien⁶⁶, pero los autores que más se han ocupado de este tipo de bienes pertenecen a la rama de la economía del sector público; en general, los economistas apuntan a dos características esenciales: (i) el rasgo de la *no-exclusividad*, relativo a la imposibilidad en la

⁶³ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 93.

⁶⁴ Así describe su posición CRUZ PARCERO, J. A. “Sobre el concepto de derechos colectivos”, cit., p. 104.

⁶⁵ RAZ, J. *The morality of freedom*, cit., p. 208: «Un derecho colectivo existe cuando se dan las siguientes tres condiciones. Primero, existe porque un aspecto de los intereses de los seres humanos justifica que alguna(s) persona(s) quede(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, el interés de ningún miembro en particular de ese grupo en el bien público resulta suficiente por sí mismo para justificar que otra persona quede sujeta a un deber. // La primera condición es necesaria para que los derechos colectivos sean consecuentes con el humanismo. Los derechos, incluso los derechos colectivos, sólo pueden estar allí si sirven a los intereses de los individuos. En ese sentido los intereses colectivos son una mera manera de hablar. Son un modo de referirse a los intereses individuales que surgen por la pertenencia de los individuos a comunidades. Las otras dos condiciones distinguen un derecho colectivo de una serie de derechos individuales». El subrayado es de la autora.

⁶⁶ Ídem, p. 198. El autor distingue a su vez, dentro de los bienes públicos, entre los inherentes –a los que denomina «bienes colectivos»– y los contingentes: en este último caso, como lo indica su nombre, el factor de la no exclusividad depende de circunstancias tecnológicas contingentes. Ídem, p. 198-199.

provisión del bien de excluir a nadie involuntariamente de su disfrute; y (ii) el de la *no-rivalidad* en el consumo, es decir, el hecho de que la provisión de cualquier cantidad del bien para un sujeto dado implique la provisión de una *misma* cantidad para un conjunto de sujetos –e.g., la seguridad pública, un medio ambiente sano, una economía próspera–⁶⁷.

R. Alexy sintetiza estos rasgos estructurales en lo que él denomina como *carácter no-distributivo* del bien: así, un bien sería un bien colectivo de una clase de individuos si fuera conceptualmente, de hecho o legalmente imposible romperlo en partes y asignar porciones a los individuos⁶⁸. No obstante, para R. Alexy no basta esta condición estructural para definir un bien colectivo, ya que también podría describir a algo que fuera considerado como un “mal” colectivo: así pues –señala– hace falta un criterio normativo que determine que una cosa o estado de cosas es un “bien” colectivo. De este modo, R. Alexy propone la siguiente definición de este tipo de bienes en relación con un sistema jurídico: «X is a collective good for the legal system S if X is non-distributive and the establishment or maintenance of X is required through S either *prima facie* or definitively»⁶⁹.

Pues bien, una vez esbozados algunos de los rasgos que se adjudican a los bienes públicos, es preciso señalar que para J. Raz –como se desprende de la condición tercera de su definición– no cabe hablar de derechos individuales a *bienes colectivos*. Si un derecho es la base para imponer deberes en los demás, entonces el interés de un solo individuo no puede justificar un bien colectivo como, por ejemplo, la autodeterminación del pueblo palestino. Por el contrario, este derecho descansaría en los intereses acumulados de muchos individuos⁷⁰. Por eso, mientras que una persona no tiene derecho a la autodeterminación de su comunidad, las naciones sí lo tendrían⁷¹.

⁶⁷ CRUZ PARCERO, J. A. “Sobre el concepto de derechos colectivos”, cit., p. 104. J. A. Cruz Parcero hace especial referencia al economista M. Peston.

⁶⁸ ALEXY, R. “Individual Rights and Collective Goods”. Ídem (trad.). En: NINO, C. S. (ed.). *Rights*. Aldershot (England), etc.: Dartmouth, 1992, p. 167. «A good is a collective good of a class of individuals if it is conceptually, actually or legally impossible to break up the good into parts and to assign shares to individuals».

⁶⁹ Ídem, p. 168. «X es un bien colectivo para el sistema jurídico S si X es no-distributivo y su establecimiento o mantenimiento se exige a través de S bien *prima facie* o de manera definitiva». En cursiva en el original. La referencia al carácter *prima facie* o definitivo alude a la idea de que los bienes colectivos pueden tener la condición de reglas o principios. *Ibidem*.

⁷⁰ RAZ, J. *The morality of freedom*, cit., p. 209. Según J. Raz, esto explicaría por qué, aunque la existencia del interés no dependa del tamaño del grupo, la existencia del derecho y su fuerza sí lo haga. *Ibidem*. Según A. García Inda, para J. Raz los derechos colectivos serían más bien derechos colectivos e individuales, a diferencia de los derechos únicamente individuales: serían *colectivos* por esa necesaria acumulación de intereses, pero también *individuales*, porque sirven a los derechos de los seres humanos individualmente considerados. En otras palabras, los derechos colectivos no serían sino derechos «indirecta o imperfectamente individuales»: (i) indirectamente, porque –señala– remiten a intereses individuales y su fundamento es derivado, instrumental; (ii) imperfectamente, porque serían *a la postre* derechos individuales cuyo ejercicio requiere el concurso de otros individuos, o cuyo contenido afecta a otros individuos. GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 90. A juicio de O. Pérez de la Fuente, sin embargo, estas reflexiones de A. García Inda parecen confundir la adhesión de J. Raz al humanismo con el individualismo. Y es que J. Raz no considera que los bienes colectivos tengan valor instrumental y deban quedar subordinados (tesis propia del individualismo), sino que para él tendrían valor intrínseco. PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., pp. 508-509.

⁷¹ RAZ, J. *The morality of freedom*, cit., p. 208. Esta posición no es compartida por R. Alexy, quien sí

Otros autores también discrepan con J. Raz, como por ejemplo D. Réaume. Para empezar, para ésta el argumento de J. Raz no descansa realmente en ningún aspecto exclusivo de los bienes públicos⁷². No obstante, su discrepancia va más allá: el *quid* de la cuestión residiría para ella no en los bienes públicos sino en lo que denomina *bienes participativos* (*participatory goods*).

D. Réaume distingue entre la *producción* de los bienes y su *disfrute*⁷³: para que pueda existir un derecho de titularidad individual a un bien basta con que su *disfrute* sea *individualizable* aunque su producción –como sucede con muchos bienes públicos– exija la cooperación de otras personas –y siempre y cuando esté lo suficientemente justificado–:

Whether one can have a right as an individual to any good depends upon whether it is one which is individualizable in the above sense, that is, whether it is a good the enjoyment of which should, and therefore can, be satisfied even at the expense of some interest of everyone else. This condition can be met in the case of some public goods. Consider, again, the example of clean air. Although [...] clean air cannot be produced individually, it can nevertheless be enjoyed individually. It is a good which an individual can enjoy even if no one else does⁷⁴.

Siendo esto así, continúa D. Réaume, el problema surgiría cuando para el *disfrute* de un bien fuera necesaria la participación de otros, esto es, cuando el valor de tal bien se constituyera en parte por cierto tipo de *participación*, como sucede con una sociedad culta⁷⁵.

Such goods, which I shall call ‘participatory goods’, involve activities that not only require many in order to produce the good but are valuable only because of the joint involvement of many. The publicity of production itself is part of what is valued –the good *is* the participation⁷⁶.

Los *bienes participativos* compartirían con los bienes públicos algunas notas de publicidad: (i) su producción requeriría varios participantes –característica habitual en muchos bienes

considera que un derecho de titularidad individual puede estar justificado en un bien colectivo – exclusiva o conjuntamente con un bien individual–. ALEXY, R. “Individual Rights and Collective Goods”, cit., p. 164. De hecho, para R. Alexy, un derecho individual puede estar justificado de modo general o en un contexto específico (i) únicamente con base de bienes individuales, (ii) con base tanto en bienes individuales como bienes colectivos y (iii) exclusivamente con base en bienes colectivos. R. Alexy decide expresamente no considerar en este artículo derechos que no correspondan al individuo. *Ibidem*.

⁷² De hecho, según D. Réaume, el argumento de J. Raz descansaría más bien en la relativa importancia del interés de una persona y la onerosa carga que impone a otros para garantizar el bien, esto es, en ningún aspecto exclusivo de los bienes públicos. Y es que: (i) no todos los bienes públicos imponen deberes a una gran cantidad de personas o deberes especialmente onerosos, como parece sugerir J. Raz, y además (ii) también los bienes individuales pueden exigir este tipo de compromisos. La única diferencia sería que los bienes públicos pueden ser más *propensos* a imponer cargas onerosas y cooperación generalizada para producirlos, pero no siempre ni exclusivamente. RÉAUME, D. “Individuals, groups, and rights to public goods”. *University of Toronto Law Journal*. 1998, núm. 38, p. 6. Coincide con D. Réaume HARTNEY, M. “Some Confusions Concerning Collective Rights”, cit., p. 309.

⁷³ RÉAUME, D. “Individuals, groups, and rights to public goods”, cit., p. 7.

⁷⁴ *Ídem*, p. 8. «La cuestión de si alguien puede tener un derecho como individuo a cualquier bien depende de si se trata de uno que sea individualizable en el sentido anterior, esto es, de si se trata de un bien cuyo disfrute debería, y por lo tanto puede, ser satisfecho a expensas de algún interés del resto de personas. Esta condición se cumple en el caso de algunos bienes públicos. Considérese de nuevo el ejemplo del aire limpio. Aunque [...] el aire limpio no pueda ser producido individualmente, puede ser sin embargo disfrutado individualmente. Se trata de un bien que un individuo puede disfrutar incluso si nadie más lo hace». El subrayado es de la autora.

⁷⁵ *Ídem*, p. 10.

⁷⁶ *Ibidem*. «Tales bienes, a los que llamaré “bienes participativos” suponen actividades que no sólo requieren a muchos para la producción del bien sino que son valiosas únicamente por la conjunta participación de muchos. La publicidad de la producción en sí misma es parte de lo que se valora –el bien es la participación». En cursiva en el original.

públicos, pero no en todos–; (ii) presentarían el rasgo de la no-rivalidad en el consumo, si bien en cuestión de grado y (iii) tendrían un cierto nivel de no-exclusividad. Por otro lado, el tipo especial de participación que se requeriría en estos bienes, se afirma, es una combinación de comportamiento y *actitud* que no podría lograrse mediante la imposición de un deber⁷⁷. De hecho, uno de los rasgos de este tipo de bienes sería el de su *opcionalidad*, esto es, la posibilidad de que los individuos se excluyan *a sí mismos* del disfrute de estos bienes (precisamente por falta de actitud)⁷⁸.

Dadas estas características, D. Réaume sostiene que no cabe un derecho de titularidad individual sobre *bienes participativos*⁷⁹: a diferencia de lo que señala J. Raz, podría haber derechos individuales a *bienes colectivos*, pero sólo a los que *no* son participativos⁸⁰. Y es que, añade esta autora, un individuo no puede tener derecho a tales actividades porque no las puede disfrutar como tal, porque no tiene interés en ellas *como un individuo*: si fueran provistas exclusivamente a una sola persona no le serían de ningún valor; si se individualizara el derecho se estaría cambiando su objeto⁸¹. Cabría pues, considerar que la tesis de D. Réaume no se aleja demasiado de aquella noción de derechos colectivos como derechos de ejercicio –disfrute– colectivo planteada por J. Rivero en cuanto éste –a pesar de asumir la titularidad individual– sostiene que el derecho sólo cobra *sentido* cuando se ejerce colectivamente.

También J. Waldron sigue esta línea respecto de los bienes que él denomina «bienes comunales», cuyo disfrute sería más imputable al grupo como tal que a cada uno de los individuos que lo conforman considerado por sí solo. Para este autor, puede que los únicos centros de conciencia sean los individuos y que, por tanto, las experiencias de disfrute del bien sean individuales, pero lo importante es que estas experiencias son ininteligibles al margen de su referencia al disfrute de otros. En otras palabras: este tipo de bienes se disfrutan *en la compañía de los demás*; el beneficio se incrementa en el nivel colectivo, de modo que el disfrute del bien comunal es irreducible a la mera suma de los disfrutes individuales⁸².

Este autor pone como ejemplo básico el de la “convivialidad” (*conviviality*) en una fiesta⁸³, y añade otros bienes que, a su juicio, también sería comunales: la fraternidad y solidaridad, un lenguaje compartido, la cultura y las tradiciones⁸⁴.

¿Están estos bienes participativos o comunales en un área de la moralidad fuera del alcance de los derechos? ¿O puede haber derechos de titularidad colectiva o derechos colectivos? Para J. Waldron, cabría asociar estos bienes comunales a derechos de grupos, siempre que la

⁷⁷ Ídem, pp. 11-13.

⁷⁸ Ídem, p. 16.

⁷⁹ Tampoco a los beneficios que se derivan de estos bienes participativos –incluso de aquellos que sí pueden ser disfrutados individualmente–, debido a su naturaleza parasitaria. *Ibíd.*

⁸⁰ Ídem, p. 1.

⁸¹ Ídem, p. 11.

⁸² WALDRON, J. *Liberal rights: collected papers 1981-1991*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, pp. 355-357.

⁸³ La “convivialidad” es un neologismo que se utiliza para referirse a la calidad de la convivencia o la habilidad para convivir y relacionarse con los demás de una forma sana, aunque no está todavía reconocido por la Real Academia Española.

⁸⁴ Ídem, pp. 355-359. Si la fraternidad se considera importante, no es por lo que cada individuo obtiene de ella; más bien, lo que cada individuo obtiene de ella hace esencial e inexcusable a lo que todos los compañeros disfrutan juntos. Ídem, p. 358.

identidad del grupo no sea objeto de fuerte polémica⁸⁵. D. Réaume, por su parte, se muestra escéptica en cuanto a la idea de una pretensión colectiva que corresponda al conjunto de la sociedad frente a algunos de sus miembros recalcitrantes –y que decide denominar *derechos colectivos*–. Sin embargo, sí considera factibles los *derechos de grupo*, entendidos como pretensiones realizadas en nombre de un grupo que constituye sólo parte de la sociedad a que ésta –es decir, los no-miembros del grupo– se acomode o apoye alguna práctica del grupo aun cuando pueda entrar en conflicto con alguna práctica de la mayoría. Tal sería el caso, sugiere esta autora, de los eventuales derechos lingüísticos de las minorías⁸⁶.

Esta idea de que no puede haber intereses individuales en *bienes participativos* ha sido criticada por M. Hartney. Para éste, el hecho de que un bien sea participativo para una clase de individuos y no para otra –e.g., los miembros de una orquesta vs. las personas que no participan en ella aunque disfrutan de su música– no afectaría a la naturaleza de su interés en el bien, ya que su valor consistiría en su contribución al bienestar de los *individuos* independientemente de si esta contribución es conjunta o separada. Lo que es más, un miembro del grupo podría dejar de tener interés en pertenecer a él, permaneciendo el interés del resto de miembros intacto: en ese sentido, apunta M. Hartney, el interés de un miembro del grupo sería *separable* del de los demás⁸⁷. A estas críticas el autor añade aquéllas dirigidas directamente contra la vinculación entre un ejercicio colectivo y una titularidad colectiva, ya señaladas en el anterior apartado I.1.(i).

En España, J. García Añón considera que, en sentido estricto, deberían denominarse “derechos colectivos” aquellos derechos cuyo *bien protegido, titular y ejercicio* sean de carácter colectivo. Ahora bien, reconoce que normalmente la denominación se ha extendido a derechos relacionados con bienes colectivos pero de titularidad y ejercicio individuales⁸⁸.

Para este autor, la relación entre los bienes de carácter colectivo y los derechos que pueden garantizarlos plantea algunas cuestiones. Para empezar –señala–, los bienes colectivos serían susceptibles de ser protegidos mediante derechos tanto de carácter individual como colectivo y por garantías individuales o colectivas. Pues bien, algunos de estos bienes colectivos serían irreducibles a bienes individuales, dado que su *producción y disfrute* serían colectivos. En estos «bienes colectivos irreducibles» existirían también *intereses individuales*, motivo por el que podrían justificar –siguiendo la terminología de G. Jáuregui– tanto *derechos individuales*, como *derechos específicos de grupo, derechos de grupo* o *derechos colectivos*. Por lo tanto, para este autor la cuestión crucial sería determinar qué bienes colectivos son lo suficientemente relevantes en términos morales y jurídicos para ser susceptibles de protección⁸⁹.

⁸⁵ WALDRON, J. *Liberal rights: collected papers 1981-1991*, cit., p. 367. En estos casos, señala el autor, la única razón para adoptar precauciones es la posibilidad de que se den conflictos entre los derechos colectivos y los derechos individuales que sean entendidos como triunfos frente a la mayoría. De ello se dará cuenta en el próximo apartado II.1.(iv). En cuanto a los problemas que pueden surgir de la delimitación del grupo, véase el apartado II.2 de este capítulo.

⁸⁶ RÉAUME, D. “Individuals, groups, and rights to public goods”, cit., pp. 17 y 27.

⁸⁷ HARTNEY, M. “Some Confusions Concerning Collective Rights”, cit., pp. 299-300 y 309.

⁸⁸ GARCÍA AÑÓN, J. “¿Hay derechos colectivos? Diversidad, «diversidad» de minorías, «diversidad» de derechos”. En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*, cit., pp. 205-206.

⁸⁹ Ídem, pp. 207-208. Determinar el bien sería mucho más importante así que la identificación de la minoría, su titularidad y representatividad, cuestiones que se analizarán en los apartados II.1 y II.2

O. Pérez de la Fuente entiende que con esta concepción de derechos colectivos sucede algo similar a lo expuesto por J. García Añón. A su juicio, la irreductibilidad de algunos bienes colectivos, cuya producción y disfrute son colectivos, daría lugar a intereses individuales y colectivos, cuya garantía puede lograrse mediante derechos individuales, derechos en función de grupo y derechos colectivos. El recurso a esta concepción resultaría un método interesante de evitar la discusión sobre la titularidad y, sobre todo, los problemas normativos de agencia moral que ésta comporta⁹⁰.

3. Los destinatarios del derecho:

Como se ha señalado al principio de este apartado, los usos del término derechos colectivos suelen asociarse bien a la *titularidad*, bien al *objeto* de los derechos. No obstante, J. A. Cruz Parceró pone de manifiesto cómo algunas contribuciones a este debate podrían ser encuadradas en torno a los *destinatarios* del derecho: tal sería el caso –dice– de W. Kymlicka⁹¹.

Este último se aproxima a la cuestión de la multiculturalidad y la gestión de la diferencia cultural analizando lo que él denomina «derechos diferenciados en función de grupo» (*group-differentiated rights*)⁹². De hecho, W. Kymlicka propone abandonar la terminología de derechos colectivos. Si lo hace es precisamente porque para él, aparte de ser una categoría ambigua, no ofrece una idea correcta de las diferentes formas en que se presenta esta *ciudadanía diferenciada en función de grupo*, en especial por sugerir la idea de que todos estos derechos se configurarían como derechos ejercidos por los grupos, entrarían en conflicto con los derechos individuales y responderían al debate entre los individualistas y los comunitaristas⁹³. La siguiente cita resulta ilustrativa:

So describing group-differentiated citizenship in the language of collective rights is doubly misleading. Some group-differentiated rights are in fact exercised by individuals, and in any event the question of whether the rights are exercised by individuals or collectives is not the fundamental issue. The important issue is why certain rights are group-differentiated rights –that is, why the members of certain groups should have rights regarding land, language, representation, etc. that the members of other groups do not have.

This conflation of group-differentiated citizenship with collective rights has had a disastrous effect on the philosophical and popular debate. Because they view the debate in terms of collective rights many people assume that the debate over group-differentiated citizenship is essentially equivalent to the debate between individualists and collectivists over the relative priority of the individual and the community⁹⁴.

siguientes de este capítulo. De hecho, la inexistencia de titulares colectivos definidos, según el autor, no debería suponer un problema para reconocer un derecho colectivo sino para que pueda hacerse efectivo. Ídem, pp. 205-206.

⁹⁰ PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., p. 513. Sobre estos problemas, véase el apartado II.1.(i) de este capítulo.

⁹¹ CRUZ PARCERO, J. A. *El lenguaje de los derechos: ensayo para una teoría estructural de los derechos*, cit., p. 121.

⁹² KYMLICKA, W. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*, cit., pp. 26-27. Como ya se ha señalado, W. Kymlicka clasifica a estos derechos en tres tipos según su contenido: los derechos de autogobierno, los poliétnicos y los especiales de representación.

⁹³ Ídem, pp. 34-35 y 45-46.

⁹⁴ Ídem, pp. 46-47. «De modo que describir la ciudadanía diferenciada en función de grupo en el lenguaje de los derechos colectivos es doblemente engañoso. Algunos derechos diferenciados en función de grupo se ejercen de hecho por individuos, y en cualquier caso si los derechos se ejercen por

Para W. Kymlicka, ni la titularidad colectiva ni el ejercicio colectivo serían la clave de la cuestión⁹⁵. De hecho, como se desprende de la cita anterior, los derechos diferenciados en función de grupo pueden ser otorgados a los miembros individuales de un grupo, al grupo como un todo o a un Estado o provincia federal dentro del cual el grupo en cuestión es mayoritario⁹⁶. Así pues, a pesar de las semejanzas en la terminología, los *derechos diferenciados en función de grupo* de W. Kymlicka no se corresponden con los *derechos especiales o de grupo* definidos por autores como A. García Inda o G. Jáuregui a los que se ha hecho referencia con anterioridad⁹⁷.

Pues bien, en torno a las reivindicaciones de ciudadanía diferenciada en función de grupo W. Kymlicka distingue entre lo que denomina «restricciones internas» y «protecciones externas», que a menudo habrían sido etiquetadas –erróneamente, a juicio de W. Kymlicka– como *derechos colectivos*.

- Las *restricciones internas* constituirían pretensiones de un grupo *frente a sus propios miembros* y tratarían de proteger a éste del impacto desestabilizador de la *disensión interna*: por ejemplo, cuando algunos miembros del grupo decidieran no seguir las prácticas o costumbres tradicionales. Estas medidas, por lo tanto, regularían las relaciones *intra-grupo* y podrían restringir la libertad de sus miembros en el nombre de la solidaridad grupal.
- Las *protecciones externas*, por el contrario, constituirían pretensiones del grupo frente al resto de la sociedad –relaciones inter-grupales–; tratarían de proteger la existencia e identidad del grupo frente al impacto de decisiones externas de la mayoría, por ejemplo de tipo económico o político⁹⁸.

J. A. Cruz Parceró sugiere que, aunque la distinción se presente en torno al tipo de reivindicación –esto es, a su objeto–, cabría señalar que este último obedece al tipo de *destinatarios*⁹⁹, de ahí su ubicación en esta sección. En cualquier caso, la distinción entre

individuos o colectivos no es la cuestión fundamental. La cuestión importante es por qué determinados derechos están diferenciados en función de grupo –esto es, por qué los miembros de ciertos grupos deberían tener derechos relativos a la tierra, la lengua, representación, etc. que los miembros de otros grupos no tienen. // Esta fusión de los derechos diferenciados en función de grupo con los derechos colectivos ha tenido un efecto desastroso en el debate filosófico y popular. Al contemplarse el debate en términos de derechos colectivos, mucha gente asume que el debate sobre la ciudadanía diferenciada en función de grupo equivale esencialmente al debate entre individualistas y colectivistas sobre la prioridad relativa del individuo y de la comunidad». El subrayado es de la autora.

⁹⁵ PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, pp. 514-516.

⁹⁶ KYMLICKA, W. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*, cit., p. 45.

⁹⁷ Así lo reconoce el propio A. García Inda. Vid. GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 115.

⁹⁸ KYMLICKA, W. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*, cit., pp. 35-36. Como se verá en el apartado II.1.(iv) de este capítulo, ambos tipos de medidas conllevan algunos peligros según W. Kymlicka: así, las restricciones internas pueden llegar a imponer restricciones graves a sus miembros al priorizar los derechos de la comunidad sobre sus derechos individuales; las protecciones externas, por su parte, podrían dar lugar a ciertas injusticias o desigualdad entre los grupos. Con carácter general, W. Kymlicka propone apoyar las protecciones externas y rechazar las restricciones internas. Ídem, pp. 36 y 44.

⁹⁹ CRUZ PARCERO, J. A. *El lenguaje de los derechos: ensayo para una teoría estructural de los derechos*, cit., p. 122. De todas maneras, señala este autor, desde un punto de vista estructural la clasificación

restricciones internas y protecciones externas no siempre resulta sencilla, como admite el propio W. Kymlicka. Algunas medidas diseñadas para proporcionar protecciones externas a menudo tendrían implicaciones en mayor o menor grado para la libertad de los miembros del grupo o la comunidad¹⁰⁰.

La propuesta de W. Kymlicka, opina J. A. Cruz Parceró, no lograría su propósito de dejar de hablar de *derechos colectivos* al referirse a estas reivindicaciones; no obstante, sí proporcionaría elementos de juicio interesantes para distinguir tipos de derechos colectivos desde un punto de vista no sólo estructural, sino también funcional y normativo¹⁰¹.

Como se puede ver, entre las posibles nociones de derechos colectivos –incluida ésta que clasifica a los derechos diferenciados en función de grupo según sus destinatarios–, ninguna hace referencia a la noción señalada por J. Rivero sobre el *sujeto pasivo colectivo* de los derechos y que, según él, afectaría sobre todo a los derechos sociales. La problemática sobre los destinatarios de las posiciones pasivas de los derechos sociales remite a cuestiones sin duda de gran envergadura en cuanto a la caracterización de esta categoría de derechos; no obstante, éstas exceden de los propósitos del presente trabajo de investigación, en la medida en que se alejan de las nociones actualmente en debate acerca de los derechos colectivos. Es por ello que se dejarán para otra ocasión.

II. LOS PROBLEMAS NORMATIVOS Y PRAGMÁTICOS DE LA CATEGORÍA

Como ha podido comprobarse, la noción de derechos colectivos ya resulta de por sí notablemente controvertida desde una perspectiva conceptual. No obstante, como señala L. Rodríguez Abascal, los problemas a los que debe hacer frente esta categoría de derechos también se han planteado en los ámbitos normativo y pragmático¹⁰², y ello aunque no siempre resulte fácil la separación entre planos: como se ha podido deducir a lo largo del apartado anterior, algunos aspectos conceptuales se enraízan con aspectos normativos y éstos, a su vez, se hallan también ligados a cuestiones de tipo más bien pragmático.

L. Rodríguez Abascal aventura una clasificación de las susodichas críticas, que puede resultar de utilidad como punto de partida para hacerse una idea de los principales escollos que deben afrontar quienes defiendan la justificación ética y la viabilidad de esta categoría de derechos. Y es que, como dice N. López Calera, domina la idea de que los derechos colectivos son una categoría injustificada, poco o nada consistente teóricamente, innecesaria, políticamente incorrecta e incluso peligrosa¹⁰³.

1. El debate normativo:

El objeto de la polémica en el ámbito normativo –sostiene L. Rodríguez Abascal– constituye la

entre tipos de destinatarios no daría siempre lugar a los caracteres señalados por W. Kymlicka. *Ibidem*.

¹⁰⁰ KYMLICKA, W. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*, cit., p. 42.

¹⁰¹ CRUZ PARCERO, J. A. *El lenguaje de los derechos: ensayo para una teoría estructural de los derechos*, cit., pp. 123-124.

¹⁰² RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 414.

¹⁰³ LÓPEZ CALERA, N. “Sobre los derechos colectivos”. En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*, cit., p. 13.

justificación de las pretensiones que aspiran a convertirse en derechos colectivos en el sentido indicado en el apartado anterior y, fundamentalmente, como derechos de titularidad colectiva¹⁰⁴.

En su exposición, L. Rodríguez Abascal advierte de que tanto detractores como defensores de los derechos colectivos a menudo incurren en lo que su juicio serían dos defectos a la hora de reflexionar sobre estas cuestiones de orden normativo, a saber: (i) en primer lugar, pecarían de excesiva generalidad en sus razonamientos; y (ii) en segundo lugar, introducirían regulares interferencias relativas a la discusión sobre los límites del liberalismo¹⁰⁵.

Por ejemplo, el autor considera que existen argumentaciones que intentan abarcar demasiado a la hora de justificar los derechos colectivos. En realidad –prosigue– no habría una sola justificación válida para todos ellos –recuérdese la diversidad de reivindicaciones señalada al comienzo del presente capítulo–. Algunos derechos colectivos podrían justificarse en la diversidad frente a la homogeneidad, pero este argumento no sería aplicable a determinadas reivindicaciones¹⁰⁶. Lo mismo sucede cuando lo que se alega es la compensación de una desventaja sufrida por ciertos grupos minoritarios, que estarían sometidos a opresión y discriminación¹⁰⁷. Por un lado –apunta el autor–, podría ser de ayuda ordenar el debate justificativo en dos secciones: (i) el debate sobre cuál sería el mejor modo de acomodar la diversidad cultural y qué se estaría dispuesto –en su caso– a sacrificar para ello; (ii) la polémica sobre cómo hacer justicia a los grupos que se encuentran en una situación de desventaja social y económica. Sin embargo, la cuestión no es nada sencilla, pues en a menudo, minorías culturales y socioeconómicas se hallan relacionadas¹⁰⁸. Y ello, además, tomando en cuenta la diversidad de minorías existentes dentro de uno y otro tipo¹⁰⁹.

En cuanto a la interferencia en el debate de la discusión sobre los límites del liberalismo, L. Rodríguez Abascal considera que no resulta aclarativa sobre la oportunidad y justicia de asignar derechos a los grupos. Más bien –añade–, lo que se pretende con ella es discernir si el

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 417. En cada crítica habría sin embargo implícita una manera de entender qué es un derecho y qué tipo de justificación sería adecuada para sostener derechos colectivos. Ídem, p. 418.

¹⁰⁵ Ídem, p. 423. Lo cierto es que el propio L. Rodríguez Abascal también peca de excesiva generalidad. El autor lo asume y lo justifica seguidamente, señalando que esa generalidad resulta necesaria en este caso para delimitar la discusión conceptual, los principios morales y los requisitos pragmáticos en juego de un modo que puedan extraerse conclusiones predicables de todos los derechos colectivos. Ello no obstante, una comprensión completa de este tipo de reclamaciones requeriría un poco más de concreción mediante el estudio de casos individuales o conjuntos de casos similares. Ídem, p. 431.

¹⁰⁶ Por ejemplo, no resulta fácil la apelación a la diversidad si se trata de derechos de las personas mayores o de las que viven en la pobreza, con los matices que se verán a continuación. Ídem, p. 424.

¹⁰⁷ Algunos grupos minoritarios para los que se reclaman derechos colectivos tienen una posición económica y social mejor que la media del Estado, como sucede con algunos grupos nacionales. Ídem.

¹⁰⁸ Ídem, p. 425. Así, afirma lo siguiente: «Las respuestas que se den en una de las dos secciones podrían afectar a la otra, pues algunos grupos culturales se encuentran en una situación de desventaja social y económica, y la razón de su desventaja es precisamente la cultura. Por otro lado, algunos grupos desaventajados, por ejemplo las mujeres o los gays y las lesbianas, se encuentran en todos los grupos culturales, y también la razón de su desventaja es la cultura mayoritaria en la que viven, cargada de prejuicios en su contra». Ídem.

¹⁰⁹ Véanse algunos ejemplos sobre la diversidad de minorías culturales en ROSENFELD, M. “Una crítica pluralista al tratamiento constitucional de las minorías”. En: MARZAL, A. (ed.). *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*. Barcelona: Bosch; Facultad de Derecho de Esade, 1999, pp. 97-98.

liberalismo resulta compatible con los derechos de grupo, teniendo en cuenta los conceptos de liberalismo y de derechos de grupo que se manejan¹¹⁰.

A continuación, se exponen las principales objeciones normativas que se habrían presentado desde diversos flancos a los derechos colectivos, para lo cual se utilizará fundamentalmente –pero no con carácter exclusivo– la referida clasificación elaborada por L. Rodríguez Abascal¹¹¹. Así, se hará referencia a la crítica que alude a la ausencia de agencia moral de los grupos, a su falta de valor intrínseco, al carácter innecesario de los derechos colectivos, la posible opresión de los individuos, los eventuales problemas de cooperación social y la incertidumbre en cuanto a los efectos beneficiosos de estos derechos.

(i) «Los grupos no serían agentes morales»

▪ Las premisas de la crítica:

Según L. Rodríguez Abascal, los defensores de esta crítica asumirían al menos dos premisas: (i) presupondrían una teoría de los derechos según la cual no podría haber derechos sin un *agente moral* al que atribuírselos; y (ii) partirían de una concepción individualista de la agencia moral¹¹².

La cualidad que hace de un algo o alguien un agente moral es, según algunos autores, la capacidad de elección¹¹³. La necesidad de agencia moral estaría, por lo tanto, relacionada con las teorías de los derechos basadas en la voluntad –o teorías de la elección–. Por lo tanto, cabría hablar de dos maneras de afrontar este tipo de críticas, dice L. Rodríguez Abascal: (i) la primera sería afirmar que los grupos pueden ser agentes morales, capaces de formular de forma válida una voluntad colectiva; (ii) la segunda consistiría en negar la necesidad de agencia moral para ser titular de derechos¹¹⁴: por ejemplo, porque se adopta la teoría del interés y/o se considera que existen razones de tipo *político* que deberían prevalecer sobre las cuestiones más formalistas.

Pues bien, como ya se ha avanzado, buena parte del debate que se suscita en torno a la

¹¹⁰ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 425.

¹¹¹ Existen otras posibles clasificaciones: por ejemplo, A. García Inda se refiere a la *tesis de la futilidad*, la *tesis del riesgo* y la *tesis de la perversidad*. O. Pérez de la Fuente habla de la *tesis individualista*, la *tesis jurídica*, la *tesis de la redundancia* y la *tesis de los riesgos*. GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 124; PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., p. 433. Los argumentos proporcionados por estas dos exposiciones servirán para completar la clasificación propuesta por L. Rodríguez Abascal.

¹¹² RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 418. Aunque el debate se plantee en esta ocasión en términos de *derechos morales*, resultaría igualmente aplicable a todas aquellas posturas que rechazan este último concepto y prefieren hablar, por ejemplo, de *pretensiones éticas justificadas*.

¹¹³ Así lo describe GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 99. Para C. S. Nino, sujetos morales lo serían todos los seres con capacidad potencial para tener conciencia de su identidad como titular independiente de intereses y para ajustar su vida a sus propios juicios de valor. NINO, C. S. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 47.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 418. A la defensa de los derechos colectivos desde teorías no esencialmente voluntaristas se dedicará parte de la sección siguiente II.1.(ii) del presente capítulo.

agencia moral de los derechos colectivos proviene de la adscripción al individualismo¹¹⁵, al que ya se ha hecho una referencia general en el anterior capítulo 2. En particular, la crítica a la agencia moral de los grupos suele partir del individualismo ético y del individualismo metodológico: (i) según el *individualismo ético*, la fuente de la moralidad, de los valores y los principios morales sería el individuo; esto es, los individuos constituirían la autoridad para juzgar los principios morales¹¹⁶; (ii) según el *individualismo metodológico*, como ya se avanzó, deben rechazarse las explicaciones de los fenómenos sociales que no se expresen en términos de hechos sobre individuos¹¹⁷.

Si la agencia moral sólo puede ser predicable de individuos, sólo éstos pueden ser titulares de derechos, dice la tesis individualista¹¹⁸. Si esto es así, comenta J. de Lucas, la dificultad se desplaza a la argumentación que defiende la existencia de entidades distintas a los individuos a las que atribuir dignidad, motivo por lo que el debate suele resolverse en sentido negativo: muy especialmente, el individualismo ético tiende a constituirse –dice este autor– en una «barrera insuperable por irrenunciable»¹¹⁹.

▪ ¿Tienen los grupos agencia moral?

¿Se puede defender la agencia moral de los grupos? En caso afirmativo, ¿de todos ellos o de sólo algunos?¹²⁰ El primer paso para responder a esta cuestión parece pasar por la cuestión previa de la existencia de los grupos, a la que ya se ha hecho referencia en el anterior apartado I.1 del presente capítulo. También se ha visto cómo algunos autores han tratado de relativizar el debate poniendo de manifiesto la existencia de algunos grupos –como las personas jurídicas– que ya son titulares de derechos legales –e incluso fundamentales– y cuya titularidad no habría suscitado problemas de agencia moral desde posiciones individualistas¹²¹.

¹¹⁵ Según O. Pérez de la Fuente, una de las tesis que, en principio y con matices, rechaza los derechos colectivos es la tesis individualista. PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., p. 433-440.

¹¹⁶ LUKES, S. *El individualismo*, cit., p. 127.

¹¹⁷ Ídem, pp. 137. Vid. también PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., p. 434.

¹¹⁸ PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., p. 436.

¹¹⁹ DE LUCAS, J. “Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos”. En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*, cit., pp. 157-159.

¹²⁰ Para F. J. Ansuátegui Roig, una buena teoría de los derechos colectivos debe establecer los rasgos que permitan identificar a un determinado colectivo como titular de derechos. Los derechos individuales se predicen de los individuos porque éstos tienen ciertas características morales –que pueden reconducirse a la idea de dignidad– y que permiten reconocerlos como titulares de pretensiones susceptibles de ser positivadas en algún ordenamiento jurídico. Pero la cuestión no resulta tan fácil con los grupos: «... a efectos de titularidad de derechos colectivos, ¿es igual una familia que una comunidad de propietarios, una minoría cultural de un Estado, una confesión religiosa que un sindicato? ¿Hay alguna diferencia? En su caso, ¿qué es lo que distingue a estos grupos en estos casos? Siendo tan diversos los ejemplos, si no hay diferencia alguna, será porque lo importante del grupo es en realidad su carácter agregativo de individuos, con lo cual la idea de grupo, de colectividad y de derecho colectivo pierde su sustantividad. [...] Y si hay alguna diferencia, debiera aclararse en qué consiste». ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. “Introducción. Reflexiones preliminares sobre un problema moral y jurídico: los derechos colectivos”. En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*, cit., pp. 9-10.

¹²¹ LÓPEZ CALERA, N. “Sobre los derechos colectivos”, cit., pp. 33-35.

Para N. López Calera, por ejemplo, lo anterior revelaría la existencia de paradojas en el seno del individualismo, que no sería tan individualista como aparenta. Esta corriente –señala– habría convivido desde sus mismos inicios con algunos sujetos y derechos colectivos; prueba de ello serían los derechos del Estado y de la nación –e.g., soberanía nacional–, de algunas organizaciones internacionales y, especialmente como resultado del liberalismo económico, de las entidades económicas y financieras¹²². Esta convivencia sería resultado de la inevitable socialidad del hombre en tensión dialéctica con su individualidad¹²³.

... el individualismo no puede obviar, olvidar o marginar las exigencias sociales del mismo individuo y, por tanto, tiene que reconocer formas y exigencias colectivas que son necesarias para la misma realización de los individuos. [...] Nuestro tiempo ha tenido que asumir la justificada necesidad de que lo individual no puede realizarse ni defenderse sin una correcta concepción y realización de lo colectivo, y consecuentemente los derechos individuales no pueden vivir sin los derechos de alguna forma de colectividad¹²⁴.

Ahora bien, también se ha apuntado en el apartado anterior que para algunos no son lo mismo los *derechos de los colectivos* que los *derechos de las corporaciones*. Sobre este particular, O. Pérez de la Fuente también se plantea si no cabría aplicar esta distinción a los ejemplos antes señalados. Así, recuerda que en el Derecho societario habría unas reglas establecidas expresamente que rigen la organización de estas entidades, nombran a sus representantes y establecen sus funciones, entre ellas la de representar y tomar decisiones en el colectivo. La discusión filosófica –continúa– no se plantea si un ayuntamiento puede o no ser titular de derechos, ya que esa capacidad estaría reconocida y regulada por el ordenamiento jurídico; nadie pondría en duda –ni desde el individualismo más riguroso– la existencia de personas jurídicas e instituciones reconocidas y reguladas por el Derecho. El debate sobre la agencia moral y consecuente titularidad se produciría en cambio cuando se trata de colectivos no regulados por el Derecho, como algunas naciones y minorías étnicas, lingüísticas o religiosas. En otras palabras, si los colectivos no quedan regulados bajo la institución de la personalidad jurídica, sino que son difusos, entonces surgen los problemas de agencia moral y la problemática de los derechos colectivos¹²⁵. Y es que, como se ha visto, la perspectiva jurídica trata a las personas jurídicas *como si fueran* individuos y esto hace que para muchos el debate no sea el mismo.

Por ejemplo, J. Pérez Royo niega que pueda existir tal cosa como una *voluntad colectiva*, si bien establece un baremo distinto para las personas jurídicas, cuya voluntad sería *individual*:

Justamente porque la voluntad es lo determinante, es por lo que los derechos colectivos no pueden existir. La voluntad colectiva no existe ni puede existir. La voluntad es patrimonio exclusivo del individuo. Y no hay manera de pasar de la voluntad o, mejor dicho, de las voluntades individuales a la voluntad colectiva. // Es verdad que no solamente las personas físicas son sujetos de las relaciones jurídicas. [...] Pero, desde el punto de vista de la relación

¹²² LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, cit., pp. 19-32.

¹²³ Ídem, p. 16.

¹²⁴ Ídem, p. 21.

¹²⁵ PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., pp. 501-504. El apartado II.2 del presente capítulo se dedicará, precisamente, a poner de manifiesto algunos de los principales problemas pragmáticos de definición e identificación de los grupos susceptibles de ser titulares de derechos.

jurídica, la persona jurídica es tan individuo como la persona física. La persona jurídica, exactamente igual que la persona física, es portadora de una voluntad individual¹²⁶.

También en contra de la posibilidad de una voluntad colectiva se pronuncia A. E. Pérez Luño, pues los actos de voluntad serían exclusivos de las personas individuales. La supuesta voluntad propia de los entes colectivos no existe en realidad –señala el autor–, en tanto que debe ser formada, expresada y representada por los miembros que la integran¹²⁷. Ello no obstante, y al igual que en el caso anterior, este autor no plantea demasiadas objeciones cuando se trata de personas jurídicas, por lo menos en el ámbito de los derechos fundamentales y no de los derechos humanos¹²⁸. Así, reconoce que el Derecho ha ido atribuyendo personalidad jurídica no sólo a sujetos individuales, sino también a ciertos entes colectivos, a los que se equipara a las personas individuales a efectos jurídicos. En cualquier caso –precisa–, se ha tratado siempre de entes colectivos que reúnen las condiciones exigidas para ser sujetos de derecho –e.g., delimitación de sus miembros, fines, medios–; ningún ordenamiento admitiría, por ser contrario a la seguridad jurídica, el reconocimiento de personalidad jurídica a entes indeterminados, imprecisos o difusos¹²⁹.

No obstante, ya se ha señalado en el anterior apartado I.1 de este capítulo que esta equiparación entre personas jurídicas e individuos no queda exenta de polémica pues, como señalaba J. A. Cruz Parceró, el uso de metáforas tiene límites¹³⁰. ¿Qué se pierde en la traducción a términos individuales, en la personificación? El individualismo metodológico que reduce la explicación de todos los fenómenos sociales a términos individuales también presenta limitaciones e impide explicar una amplia gama de fenómenos sociales.

La cuestión de la *agencia moral colectiva* suscita, cuando no oposición, sí muchas dudas entre numerosos autores. Sobre este particular se pregunta, por ejemplo, F. J. Ansuátegui Roig:

En todo caso, ¿la moral no es *en última instancia* individual y personal? ¿Cómo puede, un *sujeto moral colectivo* cumplir el requisito de la íntima aceptación de los mandatos morales, de la autonomía, del reconocimiento autónomo de la obligatoriedad de la norma moral?¹³¹

Otros autores parecen más favorables a asumir la existencia de una *voluntad colectiva*, aunque para muchos siga haciéndose dentro de las premisas de la personalidad jurídica. G. Peces-Barba, por ejemplo, no equipara a las personas jurídicas con las personas individuales, pero

¹²⁶ PÉREZ ROYO, J. “La antesala de la barbarie”. *El País*. 17 de diciembre de 1998. El subrayado es de la autora.

¹²⁷ PÉREZ LUÑO, A. E. “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, cit., p. 265. Muy a menudo, continúa, esa supuesta voluntad del pueblo habría enmascarado la voluntad personal de déspotas y demagogos que se habrían constituido en sus portavoces. Como se puede ver, aquí lo que existe sobre todo es un problema de *representación*.

¹²⁸ Como se verá en el capítulo 4, A. E. Pérez Luño distingue entre derechos humanos –cuya dimensión sería más bien deontológica– y derechos fundamentales –cuya dimensión es sobre todo jurídica–. Mientras que los primeros serían exclusivamente individuales, los derechos fundamentales sí incluyen en ocasiones derechos colectivos. Ídem, p. 266.

¹²⁹ Ídem, pp. 264-265. Entre los entes colectivos con personalidad jurídica cabe hablar de asociaciones, corporaciones, sociedades, instituciones, fundaciones, etc.

¹³⁰ CRUZ PARCERO, J. A. *El lenguaje de los derechos: ensayo para una teoría estructural de los derechos*, cit., p. 114.

¹³¹ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. “Introducción. Reflexiones preliminares sobre un problema moral y jurídico: los derechos colectivos”, cit., p. 11. En cursiva en el original. Ya se ha visto que para este autor, la respuesta a la cuestión de la agencia moral debería pasar por una diferenciación entre distintos tipos de sujetos colectivos. *Ibidem*.

cuando reflexiona sobre las condiciones para ser considerado sujeto colectivo sí se ajusta a la necesidad de regulación por el Derecho en la línea de la personalidad jurídica. A su juicio, son sujetos colectivos los que poseen capacidad jurídica y capacidad de obrar: en definitiva, aquéllos que están regulados por el Derecho en lo relativo a su estatus, procedimientos internos, elección de sus órganos de gobierno, control de éstos, representación, etc¹³². En sus propias palabras:

Aquellos sujetos colectivos que no tengan personalidad jurídica carecen de portavoces reglados, hablan por medio de portavoces espontáneos o autodesignados, lo que favorece la confusión y la manipulación de esos colectivos estables o coyunturales. Una cosa es que los sujetos colectivos puedan defender intereses difusos, donde pueden estar implicados derechos fundamentales, y otra cosa bien diferente es que los propios sujetos colectivos sean difusos, tengan perfiles poco definidos, ámbitos inestables de actuación y dificultades para establecer y difundir, con garantía, su manifestación de voluntad. Estas situaciones impiden que esos llamados sujetos colectivos se sitúen en posición de recibir derechos, y de defenderlos en caso de violación. [...]

Si no se quiere que los derechos colectivos sean un cajón de sastre donde quepa cualquier reivindicación más o menos fundada será necesario estipular un sentido riguroso, donde el sujeto titular del derecho sea jurídicamente identificable y tenga órganos reconocidos y competentes para la toma de decisiones y donde el contenido se pueda incorporar a los rasgos que identifican un derecho fundamental: positivación, garantía y eficacia¹³³.

De lo anterior se desprende que para todos estos autores la persona jurídica y la acomodación a sus estándares representan el “terreno seguro”: el que se viene usando tradicionalmente, que está cuidadosamente regulado por el Derecho y, sobre todo, que parece generar menos problemas de representación. Por eso, como ya se ha dicho, el verdadero debate surge cuando la respuesta del Derecho no es clara¹³⁴.

C. H. Wellman se desmarca del requisito de la personalidad jurídica para reconocer agencia moral a algunos grupos. A su juicio, si no se atribuye agencia moral a determinados grupos se oscurecerían o se perderían de vista al menos tres aspectos significativos del entorno moral: (i) la dinámica de los conflictos de grupo; (ii) la naturaleza social de las personas; y (iii) la responsabilidad de las colectividades¹³⁵. ¿Cuáles son los grupos a los que debería atribuírseles

¹³² PECES-BARBA, G. “Los derechos colectivos”. En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*, cit., pp. 73 y 76.

¹³³ Ídem, p. 73 y 76. El subrayado es de la autora. G. Peces-Barba da a entender que la organización del colectivo debe existir con carácter previo al reconocimiento por el Derecho de su personalidad jurídica y de la titularidad del derecho. Sin embargo, admite que en ocasiones el legislador puede dotar de titularidad jurídica a sujetos desorganizados si simultáneamente establece los procedimientos para su juridificación (en cuyo caso nos hallamos ante un reconocimiento “sub conditione”): se trata de la función promocional del Derecho, y un ejemplo de su puesta en práctica sería el artículo 2 de la constitución relativo a las nacionalidades y regiones y su desarrollo en el título VIII. Ídem, p. 74.

¹³⁴ Para N. López Calera, por ejemplo, los problemas se acentúan cuando se reclaman eventualmente derechos *morales* colectivos. Y es que, a su juicio, los derechos colectivos que ya se hallan positivados no se pueden poner en cuestión: serían un dato de la experiencia jurídica. LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, cit., p. 101. No obstante, el autor reconoce en otro momento que también los derechos legales pueden plantear algunos problemas teóricos sobre su concepto, realización e incluso la determinación normativa de sus contenidos o su armonización con otros derechos. Lo que ocurre es que, por lo menos, los derechos legales tendrían «al menos, una fundamentación clara y directa en las leyes». Ídem, p. 96.

¹³⁵ WELLMAN, C. H. “Liberalism, communitarianism, and group rights”, cit., pp. 23-27. Para este autor, las adscripciones de agencia moral deberían depender de la claridad, amplitud de miras y precisión que

agencia moral? Aquéllos –responde– que son más que la mera suma de sus miembros por tener una «estructura organizativa» (*organizational structure*) que les permite *elegir como grupo*¹³⁶.

N. López Calera es favorable a última esta postura. Sostiene que los sujetos colectivos tendrían una voluntad colectiva, aunque ésta no pueda entenderse como *facta* individualizable: sería producto del diálogo de las razones individuales y las decisiones de unas voluntades individuales, resultado éste que ya no puede ser considerado individual¹³⁷. Ahora bien, no todos los sujetos colectivos serían susceptibles de ser titulares de derechos morales colectivos, por lo menos no desde una teoría *razonable* de este tipo de derechos¹³⁸: para que esto suceda, para que esta titularidad esté *justificada*, resulta necesario que la base y los *finés de la asociación* sean siempre los individuos y que, siguiendo la estela de C. H. Wellman, el sujeto colectivo tenga una *estructura organizativa legitimada*¹³⁹.

Finalmente, también M. McDonald habla de algunos grupos con autonomía colectiva, capaces de tomar decisiones¹⁴⁰. En particular, este autor alude a dos tipos de factores que han de concurrir en el grupo, uno subjetivo y otro objetivo: (i) el factor objetivo tiene que ver con la existencia de, por ejemplo, una herencia común, una misma lengua, creencias o condición social; (ii) el factor subjetivo se refiere a la existencia de un «entendimiento (normativo) compartido» –*shared (normative) understanding*–, que cubre aspectos esenciales de la vida en grupo como la pertenencia y las reglas de decisión y que puede estar correlacionado positivamente con los factores objetivos –estos últimos podrían ser su foco de atención–. De este modo –señala M. McDonald–, para que un grupo funcione como titular de derechos sus miembros deben verse a sí mismos como vinculados normativamente los unos a los otros, de tal forma que ninguno actúe simplemente por sí mismo sino que juegue su rol a la hora de efectuar el entendimiento normativo compartido¹⁴¹.

▪ **La representación de la voluntad colectiva:**

Si de determinados grupos se dice que pueden tener o se les puede atribuir una voluntad colectiva, se plantea a continuación la cuestión de la *formación* legítima de esa voluntad

proporcionen al análisis moral.

¹³⁶ Ídem, pp. 21-23 y 27. Es por eso que las corporaciones financieras y los Estados resultan buenos candidatos para tener derechos –a diferencia de otros grupos como los fans de los *Rolling Stones* o los pelirrojos–.

¹³⁷ LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, cit., pp. 144-145. Además, el autor aporta datos políticos y jurídicos sobre la existencia de intereses, valores y fines que se presentan como lo que «quiere» una colectividad –*e.g.*, interés *público*, interés *general*, seguridad colectiva, bien común–. *Ibidem*. Ahora bien, la anterior referencia al diálogo plantea algunas cuestiones que remiten a sus condiciones y desarrollo. ¿Cuándo se considera que hay una verdadera comunidad de diálogo? ¿Cómo surge el potencial de un derecho?

¹³⁸ A lo largo de su obra, N. López Calera apunta algunas reflexiones para elaborar lo que él denomina una «teoría razonable de los derechos colectivos», especialmente centrada en los eventuales derechos morales colectivos. *Ídem*, p. 158.

¹³⁹ *Ídem*, pp. 134-135. En cualquier caso, el autor pretende alejarse de posiciones más colectivistas. A su juicio, atribuir valor en sí y subjetividad moral a una colectividad resulta razonable, si de esta manera se mejora el bienestar –ya sea moral, político, económico, etc.– de los individuos que los integran. *Ibidem*.

¹⁴⁰ MCDONALD, M. “Should Communities Have Rights?” *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 1991, núm. 4, pp. 236-237.

¹⁴¹ *Ídem*, pp. 218-219.

colectiva y, muy especialmente, su exteriorización, esto es: su *representación*.

¿Cómo se construiría una voluntad colectiva? Ya se han adelantado algunas reflexiones de N. López Calera al respecto. Ahora bien, para este autor la existencia de un estatuto más o menos formalizado dependerá de si la comunidad es compleja o simple. En las comunidades más pequeñas, como por ejemplo la familia, no sería frecuente la existencia de un estatuto para conformar su identidad colectiva, aunque cuando las circunstancias lo exigen sí tendría sus portavoces. En cualquier caso –precisa el autor–, los sujetos colectivos madurarían con el tiempo, de modo tal que éstos irían elaborando reglas más razonables y acabadas de formación de su voluntad, tanto internamente como frente a terceros. Cuanto más maduros se hacen los grupos, por lo tanto, mejor será su comunidad de diálogo y menos fragmentada será su voluntad colectiva¹⁴².

Por otro lado, la representación sería un fenómeno inevitable en las colectividades, con la excepción de algunos casos de democracia directa –generalmente en los grupos más simples–. Como advierte N. López Calera, entre otros autores, los derechos colectivos no podrían existir ni ejercerse si determinados sujetos individuales –los representantes– no los formularan. Pues bien, el objetivo de la institución representativa es lograr la *representación auténtica*, esto es, aquella que expresa fielmente la voluntad colectiva¹⁴³. Como ya se ha apuntado, el problema de la representación auténtica constituye una de las principales preocupaciones por parte de los autores que se han sumergido en la discusión sobre los derechos colectivos¹⁴⁴.

N. López Calera distingue entre dos tipos de representación en función del proceso de maduración de los sujetos colectivos:

- La *representación constitutiva* tendría lugar durante la creación del colectivo. A menudo –considera el autor– los sujetos colectivos serían obra de algún liderazgo –e.g., de carácter cultural, político, económico, sentimental – ejercido por individuos o minorías. Estas élites empezaría a hablar en nombre de una colectividad y a veces se adelantarían a expresar lo que otros ya sienten u opinan. Sin embargo –admite–, con frecuencia estos liderazgos también tendrían una dimensión creativa, susceptible de generar el imaginario colectivo o, a veces, ejercer incluso un rol de “suplantación”. En cualquier caso, para N. López Calera la virtualidad de este tipo de representación debería ir agotándose con la maduración del ente colectivo y dando paso al siguiente tipo de representación¹⁴⁵.
- El segundo tipo ya sería –sostiene– la *representación auténtica o legítima*, pero para que ésta tenga lugar hace falta algún grado de organización en el sujeto colectivo. A juicio del autor, la única manera de lograr la máxima –nunca total– identificación entre las colectividades y sus representantes es bajo el respeto de ciertas reglas democráticas, que parecen convertirse para este autor en la *estructura organizativa* necesaria para

¹⁴² LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, cit., pp. 145-148.

¹⁴³ Ídem, pp. 139-140.

¹⁴⁴ Por ejemplo, véanse las referencias a G. Peces-Barba y A. E. Pérez Luño en la sección anterior. Véase también PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., pp. 441 y 504.

¹⁴⁵ LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, cit., pp. 151-152.

atribuir a un grupo la titularidad de un derecho colectivo desde su teoría razonable. A pesar de ello, siempre existe el riesgo de que el representante realice una interpretación desfigurada, deformada o falsa de la voluntad colectiva¹⁴⁶.

Por lo tanto, según N. López Calera:

Para ejercer derechos colectivos hace falta, pues, democracia. Si los sujetos colectivos sólo se pueden expresar por su representación, parece que la única forma de ser y de actuar de estos sujetos ha de ser “*more democrático*”. La democracia es el único procedimiento que puede servir para garantizar que los entes colectivos no niegan lo que no puede ser sino el último sentido de su existencia: los individuos que los componen. Pero para ello hace falta que todos los individuos que los componen participen en la formación de una voluntad colectiva y, concretamente, en la nominación de representantes que la gesten y la gestionen¹⁴⁷.

No obstante, no todos están de acuerdo con N. López Calera. A estos efectos, resulta interesante la aportación de F. J. Ansuátegui Roig:

... si se defiende la posibilidad, necesidad, y la viabilidad, de hablar de derechos colectivos, pudiera parecer no del todo acertado hacer depender la existencia de los mismos del carácter auténticamente democrático de sus mecanismos de representación. De lo contrario estaríamos obligados a admitir que una determinada comunidad (desde una sociedad, hasta un partido político, pasando por una etnia) no gobernada democráticamente carecería de dichos derechos: una cosa sería que el gobernante, en este caso, no ostentara la representación democrática (que no la mera representación) y otra que esa colectividad careciera de derechos¹⁴⁸.

▪ **El argumento político:**

Como ya se ha señalado al inicio de este apartado, la otra posibilidad que planteaba L. Rodríguez Abascal para sortear el escollo de la agencia moral sería precisamente sostener que para tener derechos no resulta preciso ser un agente moral, responsable de sus actos. Por ejemplo, si se entiende que para ser titular de un derecho resulta suficiente con tener *intereses* –o *necesidades*– que deben ser protegidos, como se desprende de las teorías no voluntaristas de los derechos¹⁴⁹.

Pero escapar del debate sobre la agencia moral o, por lo menos, relativizarlo, no sólo se realiza desde estas filas. A veces, los argumentos que se utilizan para defender los derechos colectivos son de naturaleza más bien *política*. Ejemplos claros a estos efectos son W. Kymlicka o J. de Lucas.

Ya se ha visto que, según la concepción de *derechos diferenciados en función de grupo* de W. Kymlicka, ni la titularidad ni el ejercicio de los derechos resultan cuestiones clave¹⁵⁰. A. García Inda llega a decir que a este autor la cuestión de la titularidad le resulta moralmente irrelevante, innecesaria para justificar el derecho¹⁵¹. Lo esencial para W. Kymlicka es la existencia de razones que conducen a unos grupos a reclamar una especial protección de

¹⁴⁶ Ídem, p. 140-142 y 153.

¹⁴⁷ Ibídem. El subrayado es de la autora.

¹⁴⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. “Introducción. Reflexiones preliminares sobre un problema moral y jurídico: los derechos colectivos”, cit., p. 11. El subrayado es de la autora.

¹⁴⁹ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 418. Se describirá con más detalle esta posición al hilo de la crítica siguiente en el apartado II.1.(ii).

¹⁵⁰ PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., p. 515.

¹⁵¹ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 115.

aspectos relevantes de su cultura; protección ésta que, de no darse, supondría la discriminación de los miembros de ese grupo por su pertenencia cultural. Así pues, como señala O. Pérez de la Fuente, esta visión viene a defender una serie de *razones políticas* relacionadas con la acomodación de las minorías culturales en la esfera pública que –se dice– deberían prevalecer sobre formalismos jurídicos relativos al debate académico sobre la titularidad de los derechos¹⁵².

Algo semejante ocurre con J. de Lucas. Este último es consciente de los problemas que suscita el reconocimiento de derechos humanos colectivos, derivados en buena parte del enfoque sobre la titularidad de los derechos y de la barrera –insuperable, según el autor– del individualismo ético. No obstante, este enfoque oculta a su juicio lo que para él constituye el *quid* de la cuestión: el para qué y el porqué del recurso a la noción de derechos colectivos¹⁵³. El planteamiento tradicional de la cuestión sobre los derechos colectivos resultaría así inadecuado, puesto que olvida que lo que impulsa el debate sobre esta categoría serían razones de carácter político más que metafísico¹⁵⁴. Según J. de Lucas:

En mi opinión, lo que nos interesa no es tanto si existen o no entidades distintas de los individuos, que puedan ser sujetos de derechos y deberes, distintos de los individuales y no meramente instrumentales acerca de éstos. Lo que interesa sobre todo es tratar de establecer con claridad si hay razones –y cuáles– que nos obligan a ampliar el abanico de herramientas jurídicas cuya primera y más acabado producto (sic) son los derechos humanos individuales¹⁵⁵.

En particular, para J. de Lucas se estarían olvidando dos consideraciones prácticas importantes: (i) para empezar, que la reivindicación de los derechos colectivos aparece como consecuencia de la diversidad cultural y se vincula al reconocimiento del pluralismo en su dimensión de “empowerment”, lo que sería de la mayor importancia desde la perspectiva de la legitimidad democrática y de la integración cultural en sentido fuerte; y (ii) en segundo lugar, que la construcción de las diferencias culturales no sería un problema de laboratorio sino una cuestión histórica, que debe atender a los problemas concretos y, por ello, debe priorizar el análisis de las dificultades a las que se enfrentan de las personas y los grupos en la realidad, de modo que se satisfagan las necesidades y se gestionen adecuadamente las demandas planteadas en la comunidad política. Ello, a su modo de ver, puede pasar por la combinación de derechos individuales, medidas de discriminación positiva y derechos colectivos¹⁵⁶. En ese sentido, cabría tal vez recordar el elemento funcional que, según L. Prieto Sanchís, caracterizaba junto con el elemento teleológico el llamado «núcleo de certeza» de los derechos humanos, y que incidía en su cualidad legitimadora del poder en la cultura política contemporánea¹⁵⁷.

¹⁵² PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., p. 515.

¹⁵³ DE LUCAS, J. “Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos”, cit., pp. 157-159.

¹⁵⁴ Ídem, pp. 159.

¹⁵⁵ Ídem. El subrayado es de la autora.

¹⁵⁶ Ídem, pp. 160-164.

¹⁵⁷ Véase la Introducción.

(ii) «Los grupos no tendrían un valor independiente del valor de sus miembros»

▪ **La crítica: el valor individualismo vs el valor colectivismo:**

Otra de las críticas normativas contra los derechos colectivos que expone L. Rodríguez Abascal vendría a sostener que los grupos no pueden ser titulares de derechos porque su valor depende del valor moral de sus miembros individuales. Los individuos serían así los portadores del valor moral último y los grupos sólo podrían tener un valor derivado, instrumental, del valor de éstos¹⁵⁸. Como describe O. Pérez de la Fuente, para los individualistas los colectivos humanos son agregaciones de individuos y su relevancia es instrumental al plan de vida de estos últimos, por lo que carecen de valor intrínseco y no son irreducibles¹⁵⁹. En otras palabras, su valor moral dependerá de su contribución positiva a las vidas individuales de sus miembros. A veces, esto no significa negar que los grupos tengan valor moral alguno, pero sí asignar una prioridad lógica y normativa al bienestar de los individuos¹⁶⁰.

Uno de los representantes de esta crítica es M. Hartney, quien diferencia entre lo que él llama «valor individualismo» (*value-individualism*) y «valor colectivismo» (*value-colectivism*). El valor individualismo indica –como ya se ha adelantado– que sólo las vidas de los seres humanos individuales tienen valor último y que las entidades colectivas derivan su valor de su contribución a las vidas de éstos. En cambio, el valor colectivismo considera que una entidad colectiva puede tener valor con independencia de su contribución al bienestar de los seres humanos individuales. Esta última posición sería, para M. Hartney, contraria a la intuición, por lo que debería ser demostrada por aquéllos que la defienden y no al revés¹⁶¹.

Según este autor, además, el valor individualismo tendría consecuencias relativas a la noción de interés, y es que desde sus premisas no cabría hablar de intereses colectivos moralmente relevantes: por ejemplo, cualesquiera que sean los intereses en la supervivencia de un grupo –afirma– se trata de intereses *derivados* del interés agregado de los miembros del grupo en su supervivencia y, en algunos casos, también de los que no son miembros¹⁶².

▪ **La defensa de la relevancia moral intrínseca de los grupos y bienes colectivos:**

Una parte importante del esfuerzo de los defensores de los derechos colectivos ha estado dirigida precisamente a demostrar la irreducibilidad de algunos bienes sociales y la relevancia moral de los grupos, que los haría susceptibles de protección mediante derechos colectivos.

Ya se ha visto en el apartado I.2 de este capítulo que algunos autores han tratado de demostrar la existencia de bienes que, por su producción y/o disfrute colectivos, serían irreducibles a bienes e intereses exclusivamente individuales y fundamentarían derechos colectivos. En el caso de J. Raz se trata de los *bienes colectivos*, en el de D. Réaume de los *bienes participativos* y, en el de J. Waldron, de los *bienes comunales*. Recuérdese cómo este

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 419.

¹⁵⁹ PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., p. 437.

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 419.

¹⁶¹ HARTNEY, M. “Some Confusions Concerning Collective Rights”, cit., p. 297.

¹⁶² Ídem, pp. 299-300.

último señalaba que el disfrute del bien comunal no puede ser reducido a la mera suma de los disfrutes individuales, porque las experiencias de disfrute resultarían ininteligibles sin la referencia del disfrute de los demás¹⁶³.

Pues bien, del mismo modo que estos bienes comunales serían irreducibles, su *valor* o *importancia* tampoco podrían ser definidos como la suma de los valores de las experiencias individuales de los que están compuestos, dice J. Waldron. Y es que cada una de esas experiencias estaría referida más allá de sí misma al grupo más amplio; cualquier explicación ofrecida por esos individuos sobre el valor que para cada uno de ellos representa haría inmediata referencia al valor e importancia para los otros. Por lo tanto, una explicación del valor de esos bienes *que fuera sensible a lo que es disfrutarlos* tendría que centrarse en su carácter comunal¹⁶⁴.

Pero lo que es más, para J. Raz y J. Waldron los bienes colectivos y los bienes comunales –respectivamente– no son simplemente instrumentales de la autonomía individual, sino parcialmente *constitutivos* de ésta¹⁶⁵. Según J. Raz, algunas de las condiciones sociales que constituyen el abanico de opciones aceptables que permiten tener una vida autónoma son bienes colectivos. Por lo tanto, la provisión de muchos bienes colectivos es constitutiva de la misma posibilidad de autonomía y no puede quedar relegada a un plano subordinado: tiene, muy al contrario, un valor intrínseco¹⁶⁶.

A veces, los bienes colectivos o participativos están relacionados con el contexto cultural y la existencia de determinadas comunidades culturales. Algunos de los autores que defienden los derechos colectivos hacen precisamente hincapié en la idea de que los seres humanos son seres situados en sus circunstancias particulares –tesis social del yo situado– y sostienen, aunque con distintos enunciados, que esta identidad específica tiene relevancia moral y debe ser protegida¹⁶⁷.

¹⁶³ WALDRON, J. *Liberal rights: collected papers 1981-1991*, cit., pp. 355-357.

¹⁶⁴ Ídem, p. 357. A este tipo de argumentos, sin embargo, M. Hartney opone la idea de que el hecho de que el bien sea participativo para una clase de personas y no para otra no afecta a la naturaleza del interés en el bien si su valor consiste en la contribución al bienestar de los individuos. Que esta contribución sea *conjunta* o *separada* resulta irrelevante al hecho de que la vida de las personas queda enriquecida gracias a ella. HARTNEY, M. "Some Confusions Concerning Collective Rights", cit., p. 300.

¹⁶⁵ WALDRON, J. *Liberal rights: collected papers 1981-1991*, cit., p. 367.

¹⁶⁶ RAZ, J. *The morality of freedom*, cit., pp. 205-207. «The ideal of personal autonomy entails, therefore, that collective goods are at least sometimes intrinsically valuable» («el ideal de la autonomía personal conlleva, por lo tanto, que los bienes colectivos sean intrínsecamente valiosos por lo menos en algunas ocasiones»). Ídem, p. 206. Para este autor, algo es intrínsecamente bueno o valioso si lo es con independencia del valor de sus consecuencias reales o probables y no debido a las consecuencias que pueda producir causalmente. Ahora bien, dentro de los bienes intrínsecos estarían: (i) aquéllos que serían *valiosos en sí mismos* –cuya existencia sería valiosa independientemente de que exista nada más–, (ii) los *bienes constitutivos* –que serían elementos de los bienes valiosos en sí mismos que contribuyen a su valor– y (iii) los *bienes o valores últimos* –aspectos de un bien valioso en sí mismo que explicarían y justificarían el juicio de que sea valioso en sí mismo y cuyo propio valor no necesitaría ser explicado con referencia a otros valores–. Todos ellos serían intrínsecamente valiosos, dice J. Raz. Ahora bien, si llevar una vida autónoma es un valor último, tener un amplio abanico de opciones aceptables –e.g., provisión de ciertos bienes colectivos– sería un bien constitutivo de una vida autónoma vivida en circunstancias donde existen alternativas aceptables. Ídem, pp. 200 y 205.

¹⁶⁷ PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., p. 456.

En particular, cabría hablar –dice O. Pérez de la Fuente– de tres versiones diferentes de éticas contextualistas en esta dirección: el comunitarismo, el culturalismo liberal y el multiculturalismo¹⁶⁸. Para estas éticas contextualistas no se podrían reducir ciertos bienes sociales a una simple agregación de individuos, puesto que los colectivos tendrían un plus añadido que resultaría relevante a la hora de constituir socialmente los significados¹⁶⁹.

- El *comunitarismo* ha defendido el carácter fundamental que tiene el entorno social para la configuración de la identidad individual y la orientación moral de los individuos, en oposición de la teoría del yo desvinculado enunciada por el liberalismo procedimental. La comunidad de referencia, de hecho, se consideraría constitutiva, definitoria o identificativa de los individuos que la componen y proveería de los horizontes de significación y de las comprensiones comunes sobre las que se orientaría el sujeto en el futuro respecto de las cuestiones morales más relevantes¹⁷⁰. Estas realidades colectivas tendrían una naturaleza irreductible, pues su significado e importancia trascendería a los elementos que lo componen¹⁷¹.
- El *culturalismo liberal* ha acogido parcialmente esta tesis para combinarla con el valor liberal de la autonomía. De este modo, los autores representativos de esta corriente han afirmado la relevancia de la pertenencia cultural –partiendo de un concepto restringido de cultura (*e.g.*, minoría nacional, minoría indígena, inmigrantes)– para proporcionar un contexto en el que se puedan realizar elecciones individuales significativas, sin llegar a limitar la capacidad de los individuos para cuestionar determinados valores o creencias. Si esto es así, esta identidad cultural resulta susceptible de protección mediante derechos diferenciados en función de grupo para las minorías culturales, con la salvedad de aquellas prácticas que, precisamente, sean incompatibles con la autonomía individual¹⁷².
- El *multiculturalismo*, por su parte, ha sostenido también que los seres humanos están incardinados en culturas diversas, entendidas éstas en sentido amplio –*e.g.*, mujeres, gays, personas con discapacidad, minorías raciales, indígenas, personas mayores, pobres–. Ello no significa que sean incapaces de evaluar críticamente sus prácticas y creencias, pero sí que están moldeados por su cultura: el mundo en que viven está así culturalmente estructurado, sus vidas se organizan según sus sistemas de significación y otorgan considerable valor a su identidad cultural. Esta diferencia cultural es positiva y debe ser protegida y fomentada mediante políticas de la diferencia y derechos

¹⁶⁸ Ídem, pp. 456. En su obra, O. Pérez de la Fuente elabora una clasificación –por lo menos desde una perspectiva pedagógica– de las diferentes posiciones filosóficas respecto a la consideración (o no) de la cultura como bien primario y que plantean diferentes soluciones normativas respecto a las minorías culturales y el mismo concepto de cultura. Las posturas en las que se centra son el liberalismo igualitario, el culturalismo liberal y el multiculturalismo, aunque también se refiere en numerosas ocasiones al comunitarismo. Ídem, pp.218-226.

¹⁶⁹ Ídem, pp. 457.

¹⁷⁰ Ídem, pp. 455-456; PÉREZ DE LA FUENTE, O. *La polémica liberal comunitarista: paisajes después de la batalla*, cit., pp. 96-97. Habitualmente se incluye a A. MacIntyre, C. Taylor, M. Sandel y M. Walzer en esta corriente.

¹⁷¹ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 98.

¹⁷² PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., pp. 223-224 y 455-457. Ejemplos de esta corriente serían W. Kymlicka y J. Raz.

colectivos para algunos grupos¹⁷³.

Así, para B. Parekh, una colectividad estaría facultada *prima facie* a exigir derechos colectivos cuando cumple alguna de las siguientes condiciones:

CONDICIONES SEGÚN B. PAREKH	
1	La colectividad significa mucho para sus miembros, goza de estatus moral a sus ojos y quieren preservarla –e.g., los amish, sectas religiosas y comunidades tradicionales–.
2	La existencia de la comunidad es vital para los intereses fundamentales de sus miembros, que sólo pueden promocionarse adecuadamente si la comunidad tiene un derecho de acción colectivo –e.g., pueblos indígenas y minorías nacionales–.
3	La comunidad se siente insegura y no puede ni quiere integrarse en la sociedad más amplia si no se le garantizan ciertos derechos –e.g. algunas minorías religiosas en los que una mayoría fuerte quiere imponer su idea de vida buena–.
4	La comunidad no tiene confianza ni habilidad para competir con el resto de la sociedad por haber estado sometida mucho tiempo a opresión sistemática, por lo que hay que situarla en un plano de igualdad –e.g., los intocables en la India, afroamericanos en los EE.UU.–.
5	Toda comunidad puede aportar potencialmente algo valioso y único a la sociedad y sólo puede hacerlo si se la dota de los derechos necesarios para preservar su identidad –e.g., grupos profundamente religiosos–.
6	Algunas comunidades parten de doctrinas compartidas de las que se consideran custodios, y sólo pueden funcionar y contribuir al bienestar de sus miembros si se les otorgan los derechos adecuados –e.g., la Iglesia católica– ¹⁷⁴ .

V. van Dyke también ha elaborado una lista con las características o estándares de los grupos susceptibles de ser titulares de derechos colectivos, basándose para ello en su análisis de las prácticas seguidas hasta el momento con algunos Estados, naciones, minorías culturales y grupos indígenas:

ESTÁNDARES SEGÚN V. VAN DYKE	
1	Un grupo tendría una pretensión tanto mayor cuanto más se tratase de una entidad autoconsciente con un deseo de preservarse. Debería haber un sentido de pertenencia, de solidaridad de cara a las personas ajenas al grupo, de compartir una común herencia y destino distintos de los de otros.
2	Un grupo tendría una pretensión tanto mayor cuantas más oportunidades razonables tuviera de preservarse. Las características arriba señaladas deberían ser estables, y el grupo debería tener un tamaño suficiente para lograr su supervivencia a largo plazo.
3	Un grupo tendría una pretensión tanto mayor cuanto más claros fueran los criterios de pertenencia al grupo –e.g., raza, idioma, religión, ciudadanía y, en general, la adhesión a determinadas normas culturales y valores tradicionales– que permiten a todos saber quiénes son sus miembros y quiénes no.
4	Un grupo tendría una pretensión tanto mayor cuanto más importante fuera para las vidas de sus miembros y cuanto más tendiesen éstos a identificarse por referencia a su pertenencia. La pretensión sería también mayor si el grupo ejerce como un importante agente de socialización, que diera forma a las personalidades y valores de sus miembros.

¹⁷³ Ídem, pp. 225-226 y 455. Ejemplos de esta corriente serían B. Parekh e I. M. Young. A C. Taylor también se le incluye en ocasiones.

¹⁷⁴ PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo: diversidad cultural y teoría política*, cit., pp. 323-324.

5	Un grupo tendría una pretensión tanto mayor cuanto más importantes fueran los derechos que pretende para los intereses de sus miembros, y cuanto menos costosa o pesada fuera la garantía de esos derechos para los demás.
6	Un grupo tendría una pretensión tanto mayor cuanto más clara y eficazmente estuviera organizado para actuar y asumir responsabilidades. En cualquier caso, la organización formal no sería obligatoria: muchos grupos habrían tenido éxito canalizando sus demandas a través de acciones más o menos espontáneas de sus miembros individuales.
7	Un grupo tendría una pretensión tanto mayor cuanto más firmemente establecida fuera la tradición de considerarlo y tratarlo como un grupo –e.g., corporaciones, grupos históricamente discriminados–.
8	Un grupo tendría una pretensión tanto mayor cuanto más claro resultase que los derechos que reclama pueden ser compatibilizados con el principio de igualdad, cuyos requisitos centrales serían –siempre a juicio del autor– que los afectados reciban igual consideración, que el propósito perseguido en la diferenciación de los grupos sea legítimo y que las diferencias en el trato estén justificadas por diferencias relevantes y sean proporcionales con ellas ¹⁷⁵ .

Como ha podido deducirse, las tesis de algunos de estos autores no resultan en el fondo contrarias con el valor individualismo indicado al inicio de esta sección. La defensa de la irreductibilidad de los bienes sociales –y, en concreto, de la cultura– es contraria, eso es cierto, al individualismo metodológico que reduce la explicación de todos los fenómenos sociales a términos individuales: muy al contrario, para estos autores existe un trasfondo y un contexto necesariamente sociales que no pueden ser descompuestos y que hacen inteligibles las decisiones individuales¹⁷⁶. Pero, en muchos casos, la relevancia moral de los grupos y de determinados bienes se articula con la autonomía individual, como queda claro en el caso del culturalismo liberal. Aunque no siempre es así, muchas de las formulaciones de los derechos colectivos no tienen otra finalidad última, en el fondo, que el bienestar de los individuos, incluso cuando se dice que los bienes protegidos tienen valor intrínseco y no instrumental o derivado. Se ve en estos casos que el rechazo del individualismo metodológico no supone necesariamente el rechazo del individualismo ético¹⁷⁷.

También habría posiciones menos individualistas, como por ejemplo la de M. McDonald. Este autor defiende que las comunidades importarían en sí mismas y tendrían valor intrínseco con

¹⁷⁵ VAN DYKE, V. "Collective Entities and Moral Rights: Problems in Liberal-Democratic Thought". *The Journal of Politics*. 1982, núm. 44, pp. 32-33. Para este autor, la cuestión de si las clases sociales podrían encajar entre los grupos legitimados es problemática; no obstante, a su juicio las demandas de las clases sociales –especialmente las de las clases superiores y privilegiadas– quedarían descartadas por los rasgos 1, 3, 4, 5 y 8. Según O. Pérez de la Fuente, se podrían resumir las características presentadas por B. Parekh y V. van Dyke del siguiente modo: (i) suponen una identificación fuerte para sus miembros, (ii) tienen una voluntad de preservarse en el tiempo, (iii) han sufrido discriminaciones, (iv) son reconocidas como grupo y (v) su contribución a la sociedad necesita de medidas especiales para preservar su identidad. Los miembros de estos colectivos reclamarían la formulación de derechos especiales al considerar que existen razones justificadas para su protección y articulación como derechos colectivos. PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., pp. 466-467.

¹⁷⁶ O. Pérez de la Fuente deja claro que la tesis de la irreducibilidad de los bienes sociales resulta contraria al individualismo metodológico. PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., pp. 545-546.

¹⁷⁷ Ídem, p. 460 y 546. L. Rodríguez Abascal considera, por ejemplo, que ni J. Raz ni J. Waldron habrían demostrado realmente que hay grupos que tienen un valor moral independiente del valor de los individuos que los componen. RODRÍGUEZ ABASCAL, L. "El debate sobre los derechos de grupo", cit., p. 420.

independencia del valor de sus miembros individuales¹⁷⁸. El objetivo principal de los derechos colectivos sería proteger intereses (colectivos) que benefician al grupo como tal al proporcionarle un beneficio colectivo, de modo que esos intereses tampoco serían divisibles en intereses individuales¹⁷⁹. Así, por ejemplo, los derechos colectivos protegerían esencialmente la autonomía colectiva y ésta resultaría valiosa en sí misma, no sólo como un medio para potenciar la autonomía individual¹⁸⁰.

(iii) «Los derechos colectivos serían redundantes con los derechos individuales»

▪ Las versiones de la tesis de la futilidad:

L. Rodríguez Abascal no se refiere expresamente a esta crítica entre las cuestiones normativas¹⁸¹, pero sí lo hace –por ejemplo– A. García Inda, refiriéndose a ella como la *tesis de la futilidad*¹⁸².

Según esta postura, los derechos colectivos no serían necesarios: bien porque no sirven para nada o porque, como mucho, serían redundantes respecto a los derechos individuales. En el primer caso, se argumenta que estos derechos no serían útiles para los fines perseguidos, dada la dificultad de establecer los mecanismos para su garantía –incluida la tutela jurisdiccional–. Serían espejismos jurídicos o falsas ilusiones. En el segundo caso, se apunta que las demandas que atienden los derechos colectivos se atienden mejor desde la perspectiva de los derechos individuales¹⁸³. Una adecuada aplicación del principio de igualdad –se dice desde estas posiciones–, que puede llegar a incluir medidas de acción afirmativa según algunos autores, permitiría corregir las situaciones de discriminación de las minorías culturales. Y así, la combinación de los derechos individuales y del principio de igualdad lograría la integración de los individuos en la sociedad, cualesquiera que sean las adscripciones colectivas de éstos¹⁸⁴.

En definitiva, esta visión cuadra con las posiciones *liberales igualitarias*. Éstas parten de la consideración de que el Estado debe ser neutral en asuntos culturales y para ello remiten a la

¹⁷⁸ MCDONALD, M. “Should Communities Have Rights?”, cit., p. 237.

¹⁷⁹ Ídem, p. 218.

¹⁸⁰ Ídem, p. 236.

¹⁸¹ Este autor tan sólo esbozaba ligeramente la cuestión cuando, desde el plano conceptual, señalaba que para hablar de derechos colectivos éstos no habían de poder ser descompuestos en derechos individuales, cuestión que remitía al requisito conceptual de la indivisibilidad. RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 416.

¹⁸² O. Pérez de la Fuente también se refiere a esta postura denominándola *tesis de la redundancia*. No obstante, las principales cuestiones que para él afloran de esta posición no se limitan a la redundancia de los derechos colectivos respecto a los individuales, sino sobre todo –dado que los derechos colectivos por definición no se pueden reducir a derechos individuales– a la solución de los potenciales solapamientos y contradicciones entre ambos tipos de derechos. Por eso, en una versión fuerte, esta tesis consideraría que los derechos colectivos son incompatibles con los derechos individuales y, en una versión débil, que los derechos colectivos tendrían carácter político y no jurisdiccional, por lo que no entrarían en contradicción con los derechos individuales. PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., pp. 448-452. A estas cuestiones nos remitiremos en la siguiente crítica, centrándonos ahora sobre todo en la exposición de A. García Inda.

¹⁸³ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., pp. 124-125.

¹⁸⁴ PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., p. 447.

esfera privada las diferentes manifestaciones de la diversidad cultural. Para integrar a las minorías culturales, en consecuencia, no es necesario crear derechos nuevos, sino que basta con los derechos individuales que ya existen –incluyendo el acceso a la cultura como derecho individual– y, como se ha señalado, la correcta articulación del principio de igualdad¹⁸⁵.

Desde posiciones afines al liberalismo, C. Kukathas señala por ejemplo que no resulta necesario alejarse del lenguaje de los derechos individuales para hacer justicia a los intereses de los grupos culturales¹⁸⁶. Este autor reconduce la cuestión de la acomodación de la diversidad cultural a la libertad que los individuos tienen de asociarse y de vivir bajo los términos de esa asociación. Las comunidades culturales –dice– pueden ser entendidas como asociaciones *voluntarias* –en un sentido débil, ya que los criterios de entrada no suelen ser voluntarios– en la medida en que sus miembros reconocen como legítimos los términos de la asociación y la autoridad que los sostiene. Ahora bien, para que este reconocimiento tenga sentido, a los individuos debe otorgárseles un derecho fundamental frente a la comunidad: el derecho (individual) de salida. Esta propuesta otorga a las comunidades culturales una gran autoridad para regularse por principios que no tienen por qué ser liberales, pero no les confiere ningún derecho como tal a su supervivencia. Ésta se producirá en tanto en cuanto exista la aquiescencia de sus miembros en seguir perteneciendo a ella¹⁸⁷.

En España, un autor que propone un estatuto jurídico de las minorías culturales articulado exclusivamente mediante derechos de todos los individuos es E. Fernández¹⁸⁸. En particular, su propuesta es la siguiente: (i) el reconocimiento jurídico, total y en profundidad, de un marco de autonomía moral y de libertad personal, solamente limitado por la exigencia de compatibilidad con la autonomía y la libertad de los demás; (ii) el respeto y la garantía de los derechos humanos fundamentales; y (iii) la institucionalización de la tolerancia con el límite del respeto a la dignidad humana¹⁸⁹.

Lo que es más, E. Fernández rechaza la idea de los *derechos de las minorías*, entendidos como derechos especiales para personas especiales al margen de la idea de los derechos fundamentales como derechos de todos los seres humanos –esto es, rechaza los *derechos específicos de grupo*, según la terminología de G. Jáuregui–. A su juicio, se podría seguir hablando de derechos de las minorías en relación con las medidas que tengan como objeto lograr la igualdad de oportunidades de esas minorías y cuya duración no se prologue más allá del logro de tal objetivo (medidas de acción positiva)¹⁹⁰. Por lo tanto, este autor rechazaría las medidas permanentes cuyo objeto no es sino el reconocimiento de las peculiaridades que diferencian a esas minorías.

En resumen, para E. Fernández, lo que debe es protegerse el *derecho a ser minoría* –esto es, «el derecho a ser, pensar, expresarse y obrar de manera diferente o particular»– y

¹⁸⁵ Ídem, p. 221.

¹⁸⁶ KUKATHAS, C. “Are there any cultural rights?” *Political theory*. 1992, núm. 20, p. 107.

¹⁸⁷ Ídem, pp. 116-117.

¹⁸⁸ Así lo afirma DE LUCAS, J. *El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, cit., p. 198 y 202. En cualquier caso, parece que la mayor crítica de E. Fernández a los derechos colectivos no sería la redundancia, sino la falta de universalidad tratándose de derechos fundamentales.

¹⁸⁹ FERNÁNDEZ, E. “Identidad y diferencias en la Europa democrática: la protección jurídica de las minorías”. *Sistema: Revista de ciencias sociales*. 1992, núm. 106, pp. 75-78.

¹⁹⁰ Ídem, p. 74.

compaginarlo con el *derecho a no ser tratado como minoría* –el derecho a ser igual en derechos que la mayoría–¹⁹¹.

▪ **La defensa frente a la futilidad de los derechos colectivos:**

Para A. García Inda, los argumentos de esta tesis en sus dos versiones, tal como se han planteado al comienzo, resultan discutibles. Para empezar, porque si los derechos colectivos son realmente inútiles –como señala la primera versión– resultarían inofensivos y no tendría sentido negarse a su reconocimiento. Y, si lo que se apunta es que las demandas son mejor atendidas desde la óptica de los derechos individuales, entonces puede oponerse que de hecho los derechos individuales se han revelado *insuficientes* para articular determinadas necesidades de los grupos¹⁹².

Esta última posición la suscribe J. de Lucas. Para empezar, éste sostiene que los *derechos específicos de grupo* resultan necesarios, puesto que el criterio de la pertenencia de sus titulares a minorías no sería meramente adjetivo sino, bien al contrario, muy relevante¹⁹³. Pero, además, J. de Lucas señala que un estatuto de las minorías articulado exclusivamente mediante derechos de los individuos –incluso de los individuos *pertenecientes a minorías*– resulta insuficiente¹⁹⁴. A su juicio, soluciones de como la de E. Fernández resultan interesantes si se entienden como un mínimo irrenunciable, como un punto de partida, pero no como la meta a conseguir. Para él, por lo tanto, se trata de condiciones necesarias pero no suficientes, cuyos límites resultan claros¹⁹⁵:

... en realidad, al identificar exclusivamente protección jurídica de las minorías y garantía de derechos individuales, la consecuencia, respecto al problema que plantea el multiculturalismo, es que el horizonte de las minorías culturales se reduce, si no a la asimilación, a una suerte de coexistencia pacífica, presidida en todo caso por la idea de tolerancia, sobre cuya insuficiencia, precisamente en terreno de garantía de derechos, ya he insistido en otro lugar¹⁹⁶.

La superación de estos límites y el proceso de construcción de un estatuto jurídico de las minorías como tales pasaría por dos etapas, según el autor: la primera de ellas sería el logro del objetivo de la equiparación –o, más bien, de la ausencia de discriminación en los derechos–. Para ello se requieren medidas –*e.g.*, acciones positivas y de discriminación inversa– que se centren sobre todo en la garantía de la igualdad respecto a los derechos individuales especialmente sensibles en el caso de las minorías, ya sean éstos civiles, políticos

¹⁹¹ *Ibíd.* Su postura quedaría bien ilustrada con la siguiente cita: «... da la impresión de que las minorías piden un trato particular o especial cuando de lo que se trata básicamente es de la exigencia de un trato igual. Desde la perspectiva de los derechos humanos, una vez conquistado y reconocido el derecho a una y la misma igualdad de trato o respeto sin discriminaciones, podemos darnos por satisfechos. Se puede seguir hablando de derechos de las minorías, siempre que un sector de población no cuente con las mismas oportunidades morales, políticas y jurídicas que la mayoría, y hasta el momento en que el ordenamiento jurídico garantice la igualdad de todos en el ejercicio de los mismos derechos». *Ibíd.* El subrayado es de la autora.

¹⁹² GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., pp. 125-126.

¹⁹³ DE LUCAS, J. *El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, cit., pp. 200-201.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, pp. 199-200.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, pp. 201-202.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, pp. 202-203; DE LUCAS, J. “Algunos problemas del Estatuto Jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. 1993, núm. 15, p. 117.

o sociales. No obstante, este plano no resulta suficiente para las minorías cuya voluntad, como se ha señalado, no es tanto la de asimilarse a la mayoría –i.e., su disolución como tales minorías– como la de obtener el reconocimiento de su peculiaridad¹⁹⁷. J. de Lucas abre así la vía del reconocimiento de derechos colectivos como el *derecho a la cultura en sentido estricto*, entendido como un derecho a la propia identidad cultural o, en otras palabras, al patrimonio y a la herencia cultural propios¹⁹⁸. Y es que, para el culturalismo liberal y el multiculturalismo el bien primario no es tanto el acceso a la cultura –como sucede con los liberales igualitaristas– como afirmar la especificidad cultural y la diferencia cultural respectivamente, lo que supone una dimensión colectiva¹⁹⁹. Como dice J. de Lucas:

... una cosa es el derecho al acceso y participación en la cultura como bien primario, en el sentido del acceso, participación y disfrute de la cultura, de la vida cultural, como requisito para el desarrollo y la emancipación individual. Otra, el derecho a la propia identidad cultural, al propio patrimonio y herencias culturales. En la primera, el objetivo es que todos seamos iguales. En la segunda, lo importante es la diferencia²⁰⁰.

A diferencia de otros derechos culturales, el derecho a la cultura en sentido estricto pondría el acento no tanto en la libertad y el desarrollo individuales como en la dimensión comunitaria de la cultura, en su vulnerabilidad como tal –ligada a la precariedad de los grupos minoritarios–²⁰¹. El principio básico de este derecho, que además constituiría una las ideas-fuerza de los derechos de las minorías –junto con los principios de autonomía y pluralismo–, sería para J. de Lucas la noción de *etnodesarrollo*, definida por I. O. Bokatola²⁰².

El «etnodesarrollo» es el ensanchamiento y la consolidación del marco cultural propio de un grupo dado, mediante el refuerzo de la capacidad autónoma de decisión de una sociedad diferenciada en el plano cultural, con el fin de permitirle orientar su desarrollo por sí misma y ejercer su derecho a la autodeterminación, sea el que fuere el nivel que proponga. Todo ello presupone [...] una organización equitativa y particular del poder. Dicho de otro modo, el grupo étnico debe ser una unidad política y administrativa que ejerce una autoridad y está dotada del poder de decisión en todos los ámbitos que forman parte de su plan de desarrollo, en el contexto de un proceso de autonomía y autogestión crecientes²⁰³.

¹⁹⁷ DE LUCAS, J. *El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, cit., pp. 203-204. En otras palabras, podría decirse que unas medidas irían destinadas a combatir la desigualdad y otras a combatir la diferencia.

¹⁹⁸ DE LUCAS, J. “Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos”, cit., p. 165; AÑÓN ROIG, M^a J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., pp. 230-242. El derecho a la cultura en sentido estricto debe distinguirse, se señala, de otros derechos culturales como el derecho al acceso a la cultura, el derecho a la participación en la vida cultural y a su disfrute, o los derechos de protección de las creaciones culturales, si bien todos ellos están fuertemente interrelacionados cuando se toma en serio el fenómeno del pluralismo. Ídem, pp. 234-236.

¹⁹⁹ PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., p. 220. Para algunos, este bien primario se puede lograr por medio de políticas de ciudadanía diferenciada o de la diferencia, con derechos diferenciados en función de grupo o derechos colectivos.

²⁰⁰ AÑÓN ROIG, M^a J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 236.

²⁰¹ Ídem, p. 235.

²⁰² Ídem, p. 239.

²⁰³ DE LUCAS, J. *El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, cit., p. 204. En esta línea, J. de Lucas considera conveniente reconocer personalidad jurídica a las minorías como sujeto de derecho, ya que ello les permitiría no sólo ser titulares de derechos colectivos, sino también –y sobre todo– actuar de forma autónoma en ejercicio de la defensa de estos derechos y los de las personas pertenecientes a la minoría en cuestión, que a menudo no tendrían posibilidad real de acceder a los mecanismos de garantía de sus derechos individuales. Para el autor, este

También considera insuficientes los derechos individuales M. Rosenfeld: para este autor, hasta un cierto punto significativo se podrían reconfigurar los derechos de grupo como derechos individuales y viceversa. Ahora bien, existiría un núcleo de derechos individuales y grupales irreducibles. A su juicio, un régimen constitucional basado exclusivamente en derechos individuales se revela inadecuado para proteger la autonomía del grupo, su autogobierno y su supervivencia, del mismo modo que si sólo descansa en derechos de grupo no podrá proteger a las minorías dentro de la minoría²⁰⁴.

No muy lejos de esta idea, para M. McDonald el principal error de la tesis de la futilidad radica en el hecho de que se consideran idénticos los intereses protegidos por los derechos individuales y aquéllos protegidos por los derechos colectivos. Según este autor, mientras que los derechos individuales se centrarían en la protección de los intereses individuales, los derechos colectivos lo harían en los intereses colectivos. Si lo que protegen los derechos colectivos es algo distinto de lo que protegen los intereses individuales no puede haber redundancia posible²⁰⁵. Como añade A. García Inda, que ambos tipos de intereses coincidan en muchos casos no implica que sean idénticos²⁰⁶.

Finalmente, este último autor apunta a la eficacia no sólo instrumental, sino también simbólica que tendrían todos los derechos en general –individuales y colectivos–. Los enunciados de derechos, añade, darían forma a determinadas demandas sociales y conformarían a su vez la realidad, al margen de su eficacia instrumental. En ese sentido, el reconocimiento de derechos colectivos tendría efectos –para bien o para mal– en la conformación de identidades de grupo, ya fuera para reconocer esas identidades o para construir las²⁰⁷.

(iv) «Si otorgamos derechos a los grupos oprimimos a los individuos»

▪ El enunciado de la crítica:

Uno de los argumentos más frecuentemente utilizados contra los derechos colectivos destaca los riesgos que éstos pueden llegar a suponer para los derechos individuales²⁰⁸. A grandes rasgos, esta crítica sostendría lo siguiente: dado que los derechos colectivos presuponen la superioridad –o prioridad– moral del grupo sobre los individuos que lo integran, este tipo de derechos acabaría oprimiendo a todos o algunos de sus miembros²⁰⁹. Tanto es así, que para M. D. Farrel:

reconocimiento podría adoptar diferentes vías: desde el simple reconocimiento de la legitimación procesal para el ejercicio de acciones encaminadas a la defensa de intereses colectivos hasta el reconocimiento de autonomía territorial como concreción de esa personalidad y del ejercicio del derecho de autodeterminación, complementado con el reconocimiento de los derechos políticos de las minorías –e.g., participación como tales en las decisiones del Estado, a través de la reserva de cuotas de representación, establecimiento de mecanismos preceptivos de consulta a los órganos de representación y autogobierno, etc.–. Ídem, pp. 206-207.

²⁰⁴ ROSENFELD, M. “Una crítica pluralista al tratamiento constitucional de las minorías”, cit., p. 95. Es al hilo de esta situación problemática que el autor plantea su propuesta de un pluralismo comprensivo.

²⁰⁵ MCDONALD, M. “Should Communities Have Rights?”, cit., pp. 231-232.

²⁰⁶ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 126.

²⁰⁷ Ídem, pp. 126-127.

²⁰⁸ Ídem, p. 128.

²⁰⁹ Así describe esta postura RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 421.

... los llamados derechos comunitarios no son sino el modo en que se describe cierta restricción de los derechos individuales. Cuando se habla de derechos comunitarios lo que quiere decirse es que algunos derechos individuales han sido restringidos, y nada más que esto²¹⁰.

Y es que, para muchos autores, la reivindicación de derechos colectivos se emparenta con las teorías del organicismo social que conciben a las sociedades como si de organismos vivos se tratara, dotadas de voluntad propia y cuyos miembros se someten a ellas como la parte al todo. Estas concepciones sociológicas –se advierte– han inspirado regímenes fascistas y totalitarios, donde la supuesta voluntad colectiva no habría sino enmascarado la voluntad individual de tiranos y demagogos que se habrían afirmado como sus representantes. De nuevo se presenta aquí la compleja cuestión de la representación²¹¹.

En consecuencia, la visión individualista prima la autonomía de los seres humanos individuales frente a los valores sociales o las virtudes de la comunidad; es, precisamente, en el marco de la defensa de esta autonomía que cabe plantear la conflictividad entre derechos colectivos y derechos individuales²¹².

En España, un autor representativo de este tipo de crítica sería por ejemplo F. Savater cuando señala que:

... sí que hay colisión entre unos derechos y otros: entre el derecho humano a la vida del niño enfermo y el del colectivo de Testigos de Jehová a no permitir a sus miembros transfusiones de sangre, entre el derecho humano a elegir la lengua vehicular de la educación en una comunidad bilingüe y el del colectivo nacionalista que en nombre de la identidad nacional quiere que toda la educación se haga obligatoriamente en una de ellas, entre el derecho humano de las mujeres a no ser discriminadas socialmente y el de ciertos integristas colectivos a vetarles el acceso a determinadas actividades, etcétera. Es ahí donde se plantea el enfrentamiento entre humanismo y colectivismo, entre universalidad individualizante y tradicionalismo homogeneizador²¹³.

▪ **La posible armonización de derechos colectivos y derechos individuales:**

No obstante, como pone de manifiesto L. Rodríguez Abascal, se trataría ésta de una crítica excesivamente amplia que, precisamente por querer abarcar demasiado, no resultaría aplicable a todas las pretensiones que exigen reconocimiento como derechos colectivos²¹⁴. Del mismo modo, A. García Inda considera que este tipo de afirmaciones resultan fácilmente rechazables si se toman como un argumento general para oponerse a los derechos colectivos, sin perjuicio de que ayuden, por otro lado, a tomar ciertas cautelas²¹⁵.

²¹⁰ FARREL, M. D. “¿Hay derechos comunitarios?”. *Doxa*. 1995, núm. 17-18, p. 89.

²¹¹ PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., p. 454. Según J. Rivero, el fascismo y el nacional-socialismo niegan el valor del hombre como tal, puesto que el hombre sólo vale en función de su pertenencia a la colectividad racial o estatal considerada como superior dentro de la jerarquía de naciones y razas. De hecho, aquéllos que pertenecen a grupos considerados inferiores no merecen respeto alguno bajo estos modelos, y su destrucción a veces se convierte en una necesidad lógica del sistema. Como el hombre no tiene valor más que en tanto miembro del grupo, no puede realizarse fuera de él o contra él, quedándole tan sólo la vía de la total obediencia hacia su comunidad. RIVERO, J. *Les libertés publiques. 1- Les droits de l’homme*, cit., p. 95.

²¹² PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., p. 438.

²¹³ SAVATER, F. “¿Humanos o colectivos?”. *El País*. 4 de octubre de 1998.

²¹⁴ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 421.

²¹⁵ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 129.

Para este último autor, serían varias las razones por las que esta crítica no resultaría aceptable con carácter general. La primera señala que otorgar un valor a los derechos colectivos no supondría necesariamente que éste sea superior a determinados derechos individuales; en ocasiones –continúa– cuando se habla de supremacía de los derechos colectivos se estarían contraponiendo éstos a *otros derechos colectivos*, como los del Estado o de otros grupos mayoritarios. Se trataría así de resaltar unas facultades del colectivo que no debería ser sometido al criterio de la mayoría dominante por constituir una minoría²¹⁶. La segunda razón recalca que el reconocimiento de los derechos colectivos no hace que éstos sean *ilimitados*, como tampoco lo serían los derechos individuales. En tercer lugar, la posibilidad de que se *ejerza abusivamente* de un derecho no sería razón suficiente para negar el reconocimiento de ese derecho en su uso legítimo²¹⁷. Como señala B. Parekh: «De todo derecho se puede abusar, también de los derechos individuales. Para que el argumento fuera coherente, también tendríamos que negar la concesión de estos últimos, lo cual es absurdo»²¹⁸.

Además –continúa A. García Inda–, esta crítica partiría de la base de que los intereses colectivos son totalmente independientes y contrapuestos a los intereses de los individuos. Que pueda hablarse de un interés colectivo como algo más que –y distinto de– la suma de los intereses individuales no significa que sean intereses completamente independientes o contrarios²¹⁹. De hecho, como él, muchos autores sostienen que derechos individuales y derechos colectivos pueden relacionarse en muchas ocasiones –aunque no siempre– en términos armónicos²²⁰.

Uno de ellos es B. Parekh, que pone de manifiesto cómo esta crítica pasa por alto la compleja interrelación existente entre derechos colectivos e individuales. Así, sería cierto que algunos derechos colectivos constituyen una amenaza para los derechos individuales –*e.g.*, el derecho de un grupo a expulsar a sus miembros, a negarles la posibilidad de abandonar el grupo o a exigir la conformidad moral de sus miembros–; no obstante, otros derechos serían una condición previa y necesaria para el ejercicio de los derechos individuales –*e.g.*, el derecho al autogobierno o la independencia de una comunidad política– o incluso protegerían a estos

²¹⁶ *Ibidem*. Así lo sostiene, por ejemplo: MCDONALD, M. “Should Communities Have Rights?”, cit., p. 227.

²¹⁷ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., pp. 129-130.

²¹⁸ PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo: diversidad cultural y teoría política*, cit., p. 322.

²¹⁹ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., pp. 130-131.

²²⁰ No lo hacen, sin embargo, algunos defensores de los derechos colectivos desde una perspectiva colectivista, como V. van Dyke: para este autor, cuando un conflicto surge entre el derecho de una persona y el derecho de un grupo, puede sostenerse que el derecho del grupo deba siempre prevalecer. No obstante este riesgo, V. van Dyke señala que insistir en el individualismo e ignorar las pretensiones de los grupos no sería una posición neutral, puesto que, a menudo, aquéllos que insisten en el individualismo y en el trato no discriminatorio de los individuos saben que esa fórmula garantiza su dominio. Si se quiere que las comunidades étnicas minoritarias preserven su identidad y su cultura, debe protegérselas mediante derechos especiales *qua* entidades colectivas. VAN DYKE, V. “Collective Entities and Moral Rights: Problems in Liberal-Democratic Thought”, cit., pp. 37-40. Esta interpretación de V. van Dyke también se encuentra en: PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., p. 462-463. Ahora bien, cabe matizar lo anteriormente expuesto con una reflexión de V. van Dyke al principio de su artículo: en la introducción, este autor plantea que los casos de conflicto entre derechos individuales y derechos colectivos, y entre varios derechos colectivos, deberían ser resueltos mediante un proceso de ponderación en el cual se valore la relativa urgencia e importancia de las diversas reclamaciones. VAN DYKE, V. “Collective Entities and Moral Rights: Problems in Liberal-Democratic Thought”, cit., p. 22.

últimos y darían más posibilidades a sus miembros, dado que los grupos organizados serían más capaces de defender los derechos que los individuos –e.g., el derecho de una comunidad a su cultura, su lengua o sus instituciones educativas hace que sea más sencillo para sus miembros el retener su cultura o su lengua que si esto fuera sólo una cuestión de derechos individuales–²²¹.

Por lo tanto, lo que habría que hacer para este autor no es negar de plano los derechos colectivos, sino plantearse qué colectividades deberían tener derechos y bajo qué condiciones. Ahora bien –precisa–, la respuesta a esta pregunta debe tener en cuenta el bienestar humano, que sería la base de todos los derechos individuales y colectivos²²². Igualmente, A. García Inda sostiene que lo correcto ha de ser analizar en cada caso qué derechos, qué intereses y qué necesidades (individuales y colectivas) entran en juego, para ponderar cuál debe ser la solución de ese conflicto²²³:

No se trata, por lo tanto, de entender el lenguaje de los derechos colectivos *contra* los derechos individuales, sino ambos –colectivos e individuales– en el marco de un sistema de libertades. En general, el debate sobre los derechos colectivos adopta siempre la forma de una confrontación estructurada de posturas típicas en las que la libertad se corresponde siempre con los derechos individuales. Sin embargo, si se proponen esos derechos colectivos es como una forma de desarrollar la libertad posible. [...] Lo importante, desde esa perspectiva, no es la contraposición entre derechos individuales y derechos colectivos, sino entre derechos individuales/colectivos que no hacen sino consagrar privilegios o tiranías y derechos individuales/colectivos que contribuyen a la liberación de los seres humanos. Desde esa perspectiva, el fundamento y la legitimidad última de los derechos colectivos está en el individuo. Pero eso no les priva de su carácter y naturaleza colectiva²²⁴.

En definitiva, admitir que puede haber derechos colectivos no supondría admitir todas y cada una de las reclamaciones en esa línea ni se comprometería con todos los colectivos²²⁵. Recuérdese por ejemplo que, para N. López Calera, la atribución de agencia moral a determinadas entidades requería no sólo la estructura organizativa legitimada, sino también que la base y los *finés de la asociación* fueran siempre los individuos²²⁶. A su juicio:

Atribuir valor en sí y subjetividad moral a una colectividad es razonable, si de esta manera se sirve mejor al «bienestar» moral, político, económico, etc., de los individuos que integran dicha colectividad. Pero, en mi opinión, tal importancia de las colectividades *no debe decir nunca*, como advierte Rainer Baubök, *que la comunidad posee derechos absolutos frente a sus propios miembros* [...]. Porque los sujetos colectivos no pueden legitimarse en sí sino en tanto en su constitución como en su vida responden a intereses individuales mayoritarios y respetan los derechos individuales más fundamentales de todos los individuos. [...] Porque sea lo que sea lo

²²¹ PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo: diversidad cultural y teoría política*, cit., p. 322.

²²² *Ibidem*. Sobre esta cuestión ya se han ofrecido algunas reflexiones en el apartado II.1.(ii) anterior.

²²³ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 131. En un sentido similar se posiciona J. Rivero: «... puisque le groupe tire ses droits propres du service des hommes qui le composent, il n'a pas de droits contre les droits de l'homme. Dans la nécessaire hiérarchie qui appelle la pluralité des sujets, l'homme prime le groupe [...]» («... dado que el grupo obtiene sus propios derechos de su servicio a los hombres que lo componen, no tiene derechos contra los derechos del hombre. En la necesaria jerarquía que reclama la pluralidad de sujetos, el hombre prima sobre el grupo [...]»). RIVERO, J. "Les droits de l'homme: Droits individuels ou droits collectifs? Rapport général introductif", cit., p. 24.

²²⁴ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., pp. 131-132.

²²⁵ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. "El debate sobre los derechos de grupo", cit., p. 421.

²²⁶ LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, cit., pp. 134-135.

colectivo, de lo que no hay duda es que lo realmente existente, lo que realmente es digno de protección, es el individuo como persona humana concreta²²⁷.

De todas maneras –como se desprende de la cita de A. García Inda anterior y también de algunas reflexiones de B. Parekh–, no parece que el compromiso último con los individuos suponga siempre el “triunfo” de los derechos individuales sobre los derechos colectivos; desde algunas posturas, habrá que dar prioridad a aquéllos derechos que en cada caso contribuyan mejor a la libertad de los seres humanos, sean derechos colectivos o individuales²²⁸.

Posiblemente, una de las respuestas más paradigmáticas a este género de críticas sea la del ya citado W. Kymlicka, cuya propuesta es hacer compatibles los derechos en función de grupo con los principios liberales y, en particular, con la autonomía individual. Para ello, se trata de evitar el reconocimiento de las ya mencionadas *restricciones internas* y de promover en cambio las *protecciones externas*, medidas éstas que, con carácter general, no lesionarían la libertad de los individuos²²⁹. No obstante, ya se ha señalado en el anterior apartado I.3 de este capítulo que el propio W. Kymlicka es consciente de la dificultad de discernir en ocasiones si se está ante uno u otro tipo de medidas, pues algunas políticas diseñadas para proporcionar protecciones externas tendrían implicaciones en mayor o menor grado para la libertad de los miembros del grupo. Además, W. Kymlicka advierte sobre el riesgo existente de que las protecciones externas creen ciertas injusticias o desigualdad entre los grupos²³⁰.

Las tesis de este autor han sido criticadas tanto por liberales como por comunitaristas, y algunos de estos argumentos han sido expuestos por C. Kukathas en defensa de su propia teoría. Así –señala–, desde un punto de vista liberal basado en el trato igual podría reprocharse a W. Kymlicka tanto (i) su interés exclusivo en las minorías culturales, cuando otros colectivos también sufrirían desigualdades que serían fruto de las circunstancias y no de sus propias elecciones –e.g., personas con discapacidad–, como (ii) la idea de que todos los miembros de la minoría cultural se enfrentan a la misma desigualdad de circunstancias²³¹. Desde una perspectiva comunitarista, en cambio, W. Kymlicka estaría juzgando a las minorías culturales por un estándar, el de autonomía, que algunas de éstas no reconocen. De este modo:

The argument against Kymlicka is that his account of the place of cultural minorities seeks to entrench cultural rights on a basis which itself undermines many forms of cultural community, specifically those that fail in their practices to conform to liberal norms of tolerance and to honor the liberal ideal of autonomy. Cultural minorities are given protection –provided they mend their ways. In the end, it is only culture in Eliot’s “reduced sense of the word” that is protected. Thus from the perspective of a defender of the interests of cultural minorities, Kymlicka’s view has to be found wanting²³².

²²⁷ Ídem, pp. 134-135. El subrayado es de la autora.

²²⁸ PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo: diversidad cultural y teoría política*, cit., p. 322.

²²⁹ Recuérdese que las restricciones internas son medidas del grupo frente a sus propios miembros, que pretenden proteger a la comunidad del impacto desestabilizador del disenso interno. En cambio, las protecciones externas son medidas frente al resto de la sociedad y protegen la existencia del grupo frente al impacto de las decisiones externas de la mayoría dominante.

²³⁰ KYMLICKA, W. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*, cit., pp. 42-44.

²³¹ KUKATHAS, C. “Are there any cultural rights?”, cit., p. 123.

²³² Íbidem. «El argumento contra Kymlicka es que su versión del lugar de las minorías culturales busca afianzar los derechos culturales sobre una base que en sí misma socava muchas formas de comunidad cultural, específicamente aquéllas cuyas prácticas no se ajustan a las normas liberales de tolerancia y no honran el ideal liberal de autonomía. Las minorías culturales reciben protección –siempre que se

Para C. Kukathas, podría decirse que la tesis de W. Kymlicka otorga a las minorías culturales demasiado reconocimiento –desde una perspectiva liberal– o demasiado poco –desde una perspectiva comunitarista–²³³.

Los casos expuestos de B. Parekh y W. Kymlicka y A. García Inda mostrarían que el rechazo del individualismo metodológico no supone necesariamente apartarse del individualismo ético. Como se ha podido ver, en estos casos se defiende el reconocimiento de determinados derechos colectivos o derechos en función de grupo siempre que tengan como objetivo último el bienestar de los individuos.

▪ **Los derechos colectivos como derechos políticos:**

Otra de las alternativas que se presentan desde el culturalismo liberal para evitar la opresión de los individuos es considerar a los derechos culturales de las minorías –entendidos como derechos colectivos– no como derechos jurídicos sino como derechos políticos. Para autores como A. Calsamiglia, si los derechos culturales se configuran como derechos jurídicos constitucionales, ello conllevaría su garantía jurisdiccional –con la consecuente judicialización de problemas sociales y políticos– y la posibilidad de que se planteen conflictos entre derechos colectivos e individuales. Lo que es más, el incremento de los derechos existentes que se produciría con el reconocimiento constitucional de los derechos culturales supondría una inflación de derechos, con la consecuente devaluación de este discurso²³⁴.

Por eso, para este autor la perspectiva apropiada para encarar la cuestión de los derechos culturales sería la de la negociación y no el lenguaje de los derechos. De esta manera parecen evitarse los conflictos con los derechos individuales, dado que estos últimos no serían negociables²³⁵.

... el problema de los derechos culturales no se puede plantear como un tema de derechos jurídicos sino que debe plantearse desde el punto de vista de la negociación. Eso supone que los intereses de los llamados derechos culturales son más débiles que los derechos individuales y que éstos son innegociables mientras que aquéllos lo son²³⁶.

En cualquier caso, A. García Inda matiza que estas reflexiones están limitadas a los derechos de las minorías, y que sus conclusiones podrían no ser apropiadas para todo tipo de derechos colectivos: cabría así pensar en la existencia de aspiraciones colectivas –incluso minoritarias– de carácter innegociable y que, por ese motivo, debieran articularse como derechos colectivos²³⁷. Además, A. Calsamiglia parece incurrir en la vinculación entre derechos jurídicos y garantías –en particular, garantías jurisdiccionales–, identificación ésta que ha resultado cuestionada por autores como, por ejemplo, L. Ferrajoli o M^a. J. Añón: y es que no sólo

enmienden-. Al final, es solo la cultura en el “sentido restringido de la palabra” de Eliot la que resulta protegida. Por lo tanto, desde la perspectiva de un defensor de los intereses de las minorías culturales, la opinión de Kymlicka deja que desear». El subrayado es de la autora.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 134.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ CALSAMIGLIA, A. *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*. Barcelona: Paidós, 2000, p. 147. Nótese de todos modos que en cuanto a la negociación este autor habla de una «mayoría integradora», no de una simple mayoría: se trataría ésta de una regla de juego que no coincidiría con todas las aspiraciones culturales pero que sería la regla de todos, la que no excluiría a nadie.

²³⁷ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., pp. 134-135.

existirían otras garantías además de las jurisdiccionales, sino que los derechos seguirían manteniendo esa condición a pesar de la inexistencia de este tipo de garantías²³⁸. Por eso –señala A. García Inda– la articulación como derechos colectivos de este tipo de reivindicaciones no excluiría necesariamente la ponderación²³⁹. De hecho:

Podríamos afirmar que, paradójicamente, es precisamente la existencia de un derecho jurídicamente reconocido lo que “obliga” a esa ponderación –o, por qué no decirlo, esa negociación–, que de otro modo quedaría supeditada al triunfo de los grupos dominantes o las mayorías reconocidas. Lo que ocurre es que esa negociación se lleva a cabo en y a través (o con las condiciones y los límites) del discurso jurídico y no sólo en el ámbito de la política²⁴⁰.

(v) «Los derechos de grupo generarían problemas muy graves de cooperación social»

Aparte de estos eventuales riesgos para las personas, los derechos colectivos también podrían generar algunos costes sociales importantes. Los derechos colectivos, dirían algunos de sus detractores, podrían provocar problemas graves de cooperación social, al suponer un incentivo racional fuerte para que los individuos se alineasen por grupos y estos últimos compitiesen entre sí para obtener los beneficios –y evitar las cargas– que el poder político distribuiría en forma de derechos de grupo. Este discurso aludiría, entre otros riesgos, a la fragmentación social, la quiebra de la cooperación social, la mayor dificultad para adoptar medidas orientadas hacia el bien común y, también, la posible ruptura de la unidad del Estado²⁴¹. En otras palabras: se entraría en una *pendiente resbaladiza* que conduciría a la *balcanización de la sociedad*. Si se suma este problema a los anteriores ya señalados, para algunos autores serían más los inconvenientes que las ventajas de la categoría de los derechos colectivos²⁴².

Algunos defensores de esta categoría también advierten de la posibilidad este riesgo, pero lo asumen. V. van Dyke es consciente de que la aceptación de algunos derechos colectivos, como el derecho de autodeterminación o algunos derechos de las minorías culturales a proteger su identidad resaltan las divisiones sociales, afectan a la unidad del Estado y hasta promueven la emergencia de nuevos colectivos que reivindiquen estatus y derechos. No obstante, el autor relativiza la primordial importancia de la unidad del Estado y hasta de la paz social, señalando que a veces estos valores se realizan en la práctica gracias al dominio sobre las minorías y su aplicación no resulta, por lo tanto, neutral²⁴³.

²³⁸ FERRAIOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 43 y 59-65; AÑÓN ROIG, M^a. J. “Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada”, cit., pp. 33-34. Dice, en cambio, A. Calsamiglia: «... lo que caracteriza a un derecho jurídico no es su reconocimiento formal sino su garantía, institucionalización y el tipo de criterios para resolver los problemas». CALSAMIGLIA, A. *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, cit., p. 146.

²³⁹ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 135.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 422; GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 127.

²⁴² Así lo afirma la tesis de los riesgos. PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., p. 452.

²⁴³ VAN DYKE, V. “Collective Entities and Moral Rights: Problems in Liberal-Democratic Thought”, cit., pp. 37-38. En contra, A. García Inda señala que existen importantes razones a favor del Estado, si bien de un Estado plural en el que resulten posibles las políticas de reconocimiento. GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 128.

Otros defensores de los derechos colectivos inciden precisamente en esta idea de que la sociedad ya estaría fragmentada, de que los individuos estarían recibiendo de hecho distintos beneficios y cargas de manera discriminatoria según el grupo al que pertenecen. Así pues, el reconocimiento de algunos derechos colectivos no sólo no quebraría la cooperación social sino que, de hecho, la impulsaría, forzando un reequilibrio de la referida distribución de beneficios y cargas²⁴⁴. En cuanto a la posibilidad de quiebra de la unidad del Estado, señala A. García Inda que tiende a incurrirse en el reduccionismo de identificar los derechos colectivos –y, en particular, el derecho a la autoderminación– con el derecho de secesión. Por otro lado, el Estado-nación tal y como se conoce ya estaría en crisis no sólo producto de las reivindicaciones internas, sino también del propio contexto de globalización. A estos efectos, parece que habría que cambiar la concepción del Estado para poder abordar los nuevos retos que se presentan²⁴⁵.

Según L. Rodríguez Abascal, lo cierto es que resulta difícil generalizar tanto la crítica como su respuesta. Para evaluar la fuerza de esta crítica –continúa–, sería preciso valorar si la cooperación social en la situación específica tiene más peso moral que los efectos beneficiosos atribuibles al derecho colectivo²⁴⁶.

(vi) «Los efectos beneficiosos de los derechos de grupo no estarían garantizados»

Finalmente –señala L. Rodríguez Abascal–, para que la discusión sobre la gravedad de los costes individuales y sociales tenga algún sentido, se debe dar por supuesto que los derechos colectivos consiguen los beneficios para el grupo que se proponen, esto es, la conservación efectiva de la diversidad cultural, la nivelación de las diferencias sociales, etc. No obstante –prosigue–, en muchos casos nada garantizaría la producción de tales efectos beneficiosos. Así, aquellos derechos colectivos que tuvieran costes sobre algunas personas y cuyos beneficios para el grupo no estuvieran asegurados quedarían en una posición comprometida, tanto más cuanto mayores fueran los costes individuales y cuanto menos predecible fuera el resultado positivo para el grupo²⁴⁷. En este sentido, este enfoque otorgaría argumentos adicionales a aquéllos que consideran que los inconvenientes de los derechos colectivos son mayores que sus ventajas.

2. El debate pragmático:

Como se había señalado al principio de este apartado, la segunda categoría de escollos a los que deben hacer frente los defensores de los derechos colectivos son de tipo más pragmático, esto es, ponen el énfasis en las dificultades que entraña llevar esta serie de derechos a la práctica de modo que sea compatible tanto con la justificación que se ofrece para ellos como con el concepto de derecho y sus requisitos de aplicación. Ahora bien –recuerda L. Rodríguez Abascal– lo cierto que cuando se plantean problemas prácticos, a menudo éstos acaban afectando directamente a las cuestiones normativas. Como señala este autor: «Una vez

²⁴⁴ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 423.

²⁴⁵ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 128.

²⁴⁶ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 423.

²⁴⁷ *Ibidem*.

identificado, el problema pragmático abre inmediatamente una discusión normativa acerca de la importancia que debemos atribuirle, y es en el terreno normativo donde el derecho de grupo acaba siendo descalificado»²⁴⁸.

Como podrá comprobarse en las líneas siguientes, para L. Rodríguez Abascal los principales problemas de orden práctico están relacionados con la identificación del sujeto colectivo que constituiría el titular del derecho. Inevitablemente, estas dificultades a la hora de identificar el sujeto colectivo terminan por afectar al debate en torno a la titularidad y sus problemas normativos.

No obstante, que la identificación práctica del sujeto colectivo sea dificultosa no debería ser la clave de la cuestión, señalan algunos autores. Para J. García Añón, como ya se ha señalado en el apartado anterior I.2, resulta mucho más importante identificar el bien colectivo susceptible de protección que al sujeto titular. La inexistencia de titulares colectivos definidos –concluye el autor– no supondría así un problema para reconocer el derecho colectivo, aunque sí para su ejercicio²⁴⁹. Por otro lado, recuérdese que para algunos autores las razones que motivarían el reconocimiento de derechos colectivos a las minorías, y con independencia de las dificultades en su implementación, serían precisamente de tipo político-pragmático. En ese sentido se pronunciaba J. de Lucas cuando aludía a la legitimidad de las democracias contemporáneas y la necesidad de atender a los problemas concretos a los que éstas deben hacer frente y no a cuestiones «de laboratorio»²⁵⁰.

(i) «Los límites del grupo no serían a menudo nítidos»

Cuando los sujetos colectivos no son personas jurídicas reconocidas por un ordenamiento jurídico determinado, los problemas se acrecientan, como ya se apuntaba en los apartados anteriores. Defensores y detractores de los derechos colectivos ponen de manifiesto las dificultades que a menudo se presentan para identificar con claridad a los miembros del grupo. M. Freeman, por ejemplo, subraya que el número de integrantes de un grupo suele ser incierto y fluido, y recalca el riesgo de que las identidades colectivas sean manipuladas y/o impuestas coercitivamente²⁵¹.

Para L. Rodríguez Abascal, las dificultades de la identificación de los miembros de los grupos generan además dos problemas adicionales: (i) si se atribuyen beneficios y cargas en función de la pertenencia a un grupo o a otro y se generan por tanto incentivos en los individuos para tratar de incorporarse a los grupos que reciban más beneficios –en la línea señalada en los problemas de orden normativo–, los intentos de fraude serían difíciles de impedir al carecerse de criterios claros y previos de pertenencia al grupo; dado este defecto –continúa–, dejaría de tener sentido asignar derechos a ese grupo; (ii) asimismo, si se trata de precisar más los criterios de pertenencia, ello podría causar problemas de fragmentación social tan graves como los que, se dice, se estarían tratando de solucionar, muy especialmente con los grupos

²⁴⁸ Ídem, p. 426.

²⁴⁹ GARCÍA AÑÓN, J. “¿Hay derechos colectivos? Diversidad, «diversidad» de minorías, «diversidad» de derechos”, cit., pp. 205-208.

²⁵⁰ Vid. supra, apartado II.1.(i) de este capítulo y, en particular, las posiciones de J. de Lucas allí expuestas.

²⁵¹ FREEMAN, M. “Are there Collective Human Rights?” *Political Studies*. 1995, núm. XLIII, p. 39.

culturales, raciales y religiosos²⁵². A este último problema ya se ha hecho referencia en el apartado II.1.(v) anterior.

Con todo, la solución que se plantea en ocasiones es que sea el propio grupo el que se defina a sí mismo mediante los instrumentos que considere adecuados, aunque esta opción tampoco quede exenta de problemas²⁵³.

(ii) «Muchos de los grupos para los que se reclaman derechos albergarían otros grupos en su interior identificables con el mismo criterio»

Si un grupo tiene derechos, surge el problema de qué hacer con los demás grupos que en su interior compartan las mismas características relevantes. ¿También deberían ser considerados titulares de los mismos derechos que el grupo más amplio? Un ejemplo sería el caso de Quebec, en el que vive no sólo el grupo cultural de francófonos, sino también el de anglófonos, varios pueblos indígenas y grupos diversos de inmigrantes. Si a todos los grupos que comparten características relevantes se les otorgan derechos, los derechos de un grupo colisionarían con frecuencia con los del otro y resultarían total o parcialmente incompatibles. En consecuencia, para poder reconocer derechos de grupo sería preciso establecer reglas que gobernasen esos posibles conflictos, empresa que se vería dificultada por el problema anterior relativo a la delimitación del grupo²⁵⁴.

(iii) «Todo grupo estaría compuesto de miembros de otros grupos que lo cruzarían transversalmente»

En una línea parecida, también se alega que los grupos suelen albergar en su seno miembros de otros grupos horizontales o transversales, a los que en ocasiones también se habrían otorgado –o para los que se estarían reclamando– derechos. Tal sería el caso, por ejemplo, de grupos culturales integrados a su vez por grupos de gays y lesbianas, personas mayores, jóvenes, pobres, todos ellos grupos transversales²⁵⁵.

C. Kukathas es consciente de este problema en torno a los derechos colectivos:

Cultural groups are not undifferentiated wholes but associations of individuals with interests that differ to varying extents. So within such minorities are to be found other, smaller minorities. To regard the wider group as the bearer of cultural rights is to affirm the existing structures and therefore to favor existing majorities. Minorities within a cultural community which might over time have formed quite different coalitions with other interests may find that their interests are to a significant degree subject to control by the larger rights-bearing community. More important, it restricts the opportunity of minorities within the group to reshape the cultural community, whether directly or through its interaction with those outside the group²⁵⁶.

²⁵² RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., pp. 426-427.

²⁵³ Así lo describe JÁUREGUI, G. “Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible”, cit., p. 59.

²⁵⁴ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 427.

²⁵⁵ Ídem, p. 428. C. Kukathas plantea por ejemplo los posibles conflictos de interés que pueden dividir a las masas y las élites en el seno de comunidades culturales y étnicas que se enfrentan a la modernización. KUKATHAS, C. “Are there any cultural rights?”, cit., pp. 113-114.

²⁵⁶ KUKATHAS, C. “Are there any cultural rights?”, cit., p. 114. «Los grupos culturales no son conjuntos indiferenciados sino asociaciones de individuos con intereses que varían en diversos grados. Así que dentro de esas minorías se encuentran otras minorías más pequeñas. Considerar al grupo más amplio

Según L. Rodríguez Abascal, no deberían atribuirse derechos a uno de estos grupos sin tener en cuenta los derechos de todos los demás. Ello implicaría organizar un complejo sistema que respetara simultáneamente los derechos de todos y que resolviese las posibles colisiones entre los derechos de unos y otros, lo cual no sería tarea sencilla. En cambio, articular la respuesta a los problemas de todas esas personas desaventajadas en términos de *derechos individuales* sería, a su juicio, menos complicado²⁵⁷.

(iv) «Los grupos serían dinámicos»

Otro de los problemas prácticos que reseña L. Rodríguez Abascal hace referencia al hecho de que los grupos serían entidades dinámicas que se constituyen, se transforman, se mezclan con otros y pueden desaparecer.

De lo anterior se derivarían no sólo problemas prácticos de identificación del grupo, sino asimismo dificultades de orden normativo. Así, este autor concluye –junto con I. M. Young, C. Kukathas y otros– que no conviene atribuir derechos a sujetos en permanente transformación, pues al hacerlo –como se desprende de la anterior cita de C. Kukathas– se estaría favoreciendo sin ninguna justificación la actual distribución de mayorías y minorías y dificultando la fluida transformación del grupo mediante el ejercicio de la libre voluntad de sus miembros²⁵⁸. Si lo que se pretende con el derecho colectivo del grupo es, *precisamente*, que tal transformación no tenga lugar, surgen entonces para L. Rodríguez Abascal serios problemas morales: ¿es justificable impedir por la fuerza que los miembros del grupo lo transformen con su actividad voluntaria? ¿Quién debería tener ese poder?²⁵⁹

Otra de las respuestas posibles a la anterior crítica sostiene que la condición dinámica no ha constituido ni constituye un problema a la hora de atribuir derechos a otro tipo de sujetos colectivos como las sociedades mercantiles. Ahora bien, ya se ha señalado en los apartados I.1 y II.1.(i) anteriores lo problemática que resulta en ocasiones la comparación entre estos grupos y las corporaciones o sociedades: por un lado, se produciría la ya referida ficción que desde la perspectiva jurídica que las consideraría como personas individuales; por otro, el Derecho societario establecería un sofisticado entramado de reglas sobre la identidad de las sociedades mercantiles, su continuidad en el tiempo, características, miembros y objetivos, su extinción y cese, las responsabilidades para con sus empleados, frente a terceros, la representación, etc. Por las razones que se habrían visto en los apartados anteriores, en la mayoría de las

como el portador de derechos culturales es afirmar las estructuras existentes y por lo tanto favorecer a las mayorías existentes. Las minorías en el seno de una comunidad cultural que podrían con el tiempo haber formado diferentes coaliciones con otros intereses pueden encontrar que sus intereses están sujetos en un grado notable a los derechos de la comunidad más amplia. Y lo que es más importante, se restringe la oportunidad de las minorías dentro del grupo de reformular la comunidad cultural, bien directamente o mediante su interacción con aquellos fuera del grupo». El subrayado es de la autora.

²⁵⁷ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., p. 428. Recuérdese además lo señalado en el apartado I.1 de este capítulo sobre el rasgo de la *indivisibilidad* de los derechos colectivos o, en otras palabras, a la conveniencia de no denominar derechos colectivos a aquellos derechos que pueden ser reducidos a derechos individuales.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ *Ibidem*.

reclamaciones de derechos de grupo resulta muy complejo establecer reglas que tengan la misma precisión que las del Derecho societario²⁶⁰.

(v) «Tratar de definir con precisión a estos grupos general problemas de infra y suprainclusión»

El último de los problemas pragmáticos que menciona L. Rodríguez Abascal tiene lugar cuando, precisamente, se pretende establecer criterios que permitan delimitar con nitidez la pertenencia a los grupos para los que se reclaman derechos. Las definiciones muy precisas serían imprescindibles para poder asignar derechos, pero también serían susceptibles de encerrar a los grupos sociales en «lechos de Procusto»: algunos individuos que habrían quedado incluidos dentro del grupo en realidad no deberían pertenecer a él, mientras que otros que habrían quedado fuera deberían haber sido incluidos²⁶¹.

Para L. Rodríguez Abascal, ello se debe no sólo a la dificultad –ya señalada– de delimitar con la nitidez precisa grupos que tienen una realidad sociológica fluida, indefinida y solapada. También se debe –sostiene– al hecho de que con frecuencia se estarían utilizando dos criterios diferentes para reconocer el derecho de grupo: uno para justificar el beneficio y otro para identificar a los beneficiarios, criterios éstos que no siempre resultarían idénticos –e.g., respetivamente, «sufrir una desventaja» y «pertenecer a una cultura»–. El resultado, dice, suelen ser dos conjuntos secantes de individuos.

De este modo, para beneficiar a un grupo en su conjunto se estaría aceptando el coste de proporcionar ventajas a individuos que no las necesitan y también el de causar a otros individuos una desatención o un daño. Señala L. Rodríguez Abascal que este problema puede ser considerado muy grave o muy liviano, según la importancia que se le atribuya a los costes sobre los individuos perjudicados. Ello devolvería pues el debate al terreno normativo, como en tantas otras ocasiones²⁶².

* * * * *

A modo de síntesis, se ha visto en el presente capítulo que la de “derechos colectivos” es una noción controvertida, a la que se han atribuido sentidos diversos, no del todo ajenos a los indicados en el capítulo 1 –con la salvedad del que hacía referencia al sujeto pasivo colectivo–. Con carácter general, parece que la concepción de *derechos de titularidad colectiva* resulta mayoritaria, ya sea siguiendo teorías de los derechos basadas en la voluntad o basadas en los intereses.

- (i) A estos efectos, de la exposición se ha desprendido que, según algunos autores –aunque no todos–, resulta esencial para poder hablar de derechos colectivos el requisito de la *indivisibilidad*, esto es, el que los derechos colectivos no puedan ser reducidos a derechos individuales. Este género de ideas ha motivado distintas clasificaciones de los derechos relacionadas con la titularidad, el ejercicio y los intereses protegidos. Así, algunos autores han distinguido entre derechos individuales, derechos específicos de

²⁶⁰ Ídem, p. 429. PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., pp. 501-504.

²⁶¹ RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., pp. 429-430.

²⁶² Ídem, p. 430.

grupo, derechos de grupo y derechos colectivos, como G. Jáuregui, o entre derechos individuales, derechos especiales o de grupo, derechos asociativos y derechos colectivos en sentido estricto, como A. García Inda.

- (ii) Además, se han planteado algunas dudas con respecto a los derechos de las personas jurídicas, que forman parte corriente del panorama jurídico actual: ¿son los derechos de las personas jurídicas derechos colectivos? Parece que con las personas jurídicas tiene lugar una ficción legal que permite considerarlas como personas individuales, si bien esta individualización no deja de suscitar algunos problemas. Sea como fuere, lo cierto es que muchos autores tratan a las personas jurídicas como sujetos colectivos.

También han tenido éxito, aunque menor, aquellas concepciones de los derechos colectivos que se centran no en los titulares –o, por lo menos, no exclusivamente– sino, más bien, en el *objeto del derecho*. Así, desde estas posturas los derechos colectivos serían típicamente derechos a un determinado tipo de bienes irreductibles –*e.g.*, colectivos, participativos o comunales– y que, muy a grandes rasgos, suelen hacer hincapié en la producción colectiva del bien o en su disfrute colectivo –lo que a veces los conecta con las tesis relacionadas con el ejercicio colectivo–.

- (i) A menudo, sin embargo, las peculiaridades de estos bienes han motivado a algunos autores a atribuírselos a titulares colectivos o, por lo menos, a señalar que no cabría hablar de derechos individuales a bienes colectivos, pues el derecho se basaría en los intereses acumulados de los miembros de un grupo en ese bien o en intereses que tampoco serían estrictamente individuales.
- (ii) Para otros, en cambio, los bienes de estas características pueden dar lugar a una pluralidad de derechos diferentes: individuales, específicos de grupo, colectivos, etc. cuya denominación –como se ha visto– es variable.

Otros autores, como W. Kymlicka, han optado por abandonar la terminología de derechos colectivos y referirse a los derechos de las minorías culturales como *derechos diferenciados en función de grupo*, cuya titularidad podría ser tanto individual como colectiva. No obstante, para otros autores este cambio en la terminología no lograría su propósito inicial de dejar de hablar de derechos colectivos. En cualquier caso, las categorías en el seno de los derechos diferenciados en función de grupo se clasificarían según el objeto o los destinatarios de la pretensión, esto es, en derechos que se plantean frente a la sociedad mayoritaria o frente a los propios miembros del grupo.

Si desde el punto de vista conceptual existen distintas nociones sobre lo que significan los derechos colectivos, se ha visto que desde un punto de vista normativo las dudas son todavía mayores. ¿Tienen los grupos agencia moral? ¿Tienen valor intrínseco o tan sólo instrumental? ¿Son los derechos colectivos redundantes con los derechos individuales? Si no lo son, ¿pueden entonces primar sobre los derechos individuales y oprimir a los individuos? ¿Qué otros riesgos se derivan del reconocimiento de derechos colectivos?

Las respuestas a estas preguntas no son sencillas y han dado lugar a un encarnizado debate entre defensores y críticos de esta categoría de derechos. Por todo ello, se puede decir que los defensores de los derechos colectivos no tienen ante sí un camino fácil y deben despejar numerosos obstáculos. ¿Cómo han abordado su defensa?

- (i) Por lo general, los defensores de los derechos colectivos han tratado de justificar la agencia moral de algunos grupos, especialmente de aquéllos con algún tipo de estructura de decisión, así como el valor no meramente instrumental de algunos de estos grupos y bienes sociales. También han tratado de demostrar la importancia que tiene el reconocimiento de determinados derechos no exclusivamente individuales a las minorías, por lo menos desde un punto de vista político. Estas razones políticas deberían primar –se dice– sobre razones más metafísicas o formales acerca de la naturaleza de los derechos y demostrarían que los derechos individuales no serían suficientes para abordar los problemas de estos colectivos minoritarios.
- (ii) Si no se trata de derechos redundantes, es cierto que a veces podrían plantear conflictos con los derechos individuales. Ahora bien, los defensores de la categoría sostienen que muchos derechos colectivos no sólo no plantearían conflictos de este tipo sino que, muy al contrario, protegerían a los derechos individuales o supondrían una condición para su ejercicio.
- (iii) Finalmente, se señala desde estas filas que la homogeneidad social susceptible de ser quebrada sería meramente aparente y que el vigente sistema de reparto de cargas y beneficios no sería neutral: existirían en la realidad diversidad de grupos discriminados por razón de su pertenencia a un determinado grupo. Así pues, el reconocimiento de algunos derechos colectivos forzaría a un reequilibrio de estas cargas y beneficios potenciando un sistema social no discriminatorio.

Por lo tanto, se puede concluir que las cuestiones conceptuales y normativas plantean numerosos problemas que complican la tarea de defender los derechos colectivos, si bien existen argumentos que apuntan hacia la posibilidad conceptual y la justificación normativa de esta categoría. De todas maneras, para su puesta en práctica no pueden dejarse de lado una serie de cuestiones pragmáticas, relacionadas especialmente con la identificación y delimitación de los grupos, cuya dificultad supone a menudo la remisión del problema al nivel conceptual y normativo. Ahora bien, para algunos autores se trataría ésta de una cuestión relevante para el ejercicio de los derechos colectivos pero no necesariamente para su reconocimiento.

CAPÍTULO 4: EL RECHAZO DE LA ASOCIACIÓN ENTRE DERECHOS SOCIALES Y DERECHOS COLECTIVOS

A lo largo del capítulo anterior se han ofrecido algunas de las principales nociones de los derechos colectivos y de los problemas suscitados por esta categoría. Pues bien, en el presente capítulo se trata de preguntarse si, dadas estas concepciones de derechos colectivos, cabría o no sostener que los derechos sociales son derechos colectivos o de los grupos y, también, si la respuesta que se dé a esta pregunta ofrece o no algún rasgo diferencial de esta categoría de derechos frente a otras. Simultáneamente, tratará de analizarse si las respuestas ofrecidas hoy en día por la doctrina y la jurisprudencia permiten seguir afirmando la conexión de estos derechos con esa fuerte dimensión colectiva propia de su origen histórico y filosófico y, en su caso, si esa dimensión colectiva se justifica desde una perspectiva de derechos humanos.

En cuanto a la primera de las cuestiones, cabe señalar a estos efectos que en muchas ocasiones, los autores consultados no se han planteado directamente el debate¹. Sus posiciones en él se desprenden del tratamiento dado a cuestiones diferentes pero sin duda relacionadas, como los rasgos de los derechos humanos, los destinatarios de los derechos en general, la caracterización de los derechos sociales, de los derechos colectivos o de las minorías culturales. Precisamente cuando no abordan la polémica de manera directa, la traducción de sus reflexiones a ésta no siempre es todo lo perfecta que se desearía. Como ya se ha señalado, sólo en contadas ocasiones las obras sobre derechos colectivos incluyen alguna referencia a los derechos sociales –con la salvedad de los derechos culturales de las minorías– y los evalúan desde esta perspectiva, aplicando el concepto de derechos colectivos en toda su complejidad conceptual, normativa y pragmática. Por el contrario, la mayoría de las obras generalistas sobre los derechos fundamentales o sobre los derechos sociales tienden a asumir directamente que los derechos colectivos o de los grupos son derechos de titularidad colectiva: bien porque las reflexiones sobre los derechos de los grupos surgen al hilo del estudio de la *titularidad* de los derechos², bien porque cuando abordan la existencia de derechos colectivos entre los derechos sociales inevitablemente surgen argumentos en torno a la *titularidad*³. También se asume en muchos de estos casos que los derechos de corporaciones –según la terminología utilizada en el capítulo anterior– se consideran derechos colectivos, lo cual ya se ha visto que es objeto de discusión. Tomando estas dificultades en consideración, se tratará en la medida de lo posible de homogeneizar el lenguaje de las

¹ Véase capítulo 1 el listado de los que sí se lo han planteado en estos términos.

² Por ejemplo, AÑÓN ROIG, M^a. J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., pp. 62-66; CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 29-32; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. “Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento”, cit., pp. 632-636; MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., pp. 98-103; PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 205-211; PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 122-126.

³ Por ejemplo, DE CASTRO CID, B. *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, cit., pp. 31-32; HUMPHREY, J. “La Declaración internacional de derechos: estudio crítico”, cit., p. 69; REY PÉREZ, J. L. “La naturaleza de los derechos sociales”, cit., pp. 150-151. De todas maneras, ya se ha señalado en el capítulo anterior que la opción mayoritaria en torno al concepto de derechos colectivos remite a la titularidad, ya sea por la vía de teorías voluntaristas de los derechos o de teorías no voluntaristas.

reflexiones sobre los derechos sociales con el de los derechos colectivos apuntado en el capítulo anterior, que a veces parecen circular por derroteros distintos.

Hechas estas aclaraciones, puede adelantarse que la gran mayoría de los autores consultados parece decantarse por el rechazo de la asimilación entre derechos sociales y derechos colectivos. Según los casos, esta asociación será totalmente errónea o, simplemente, exagerada. ¿Por qué? Porque en su mayoría –y, para algunos autores, en su totalidad–, los derechos sociales serían derechos de titularidad individual; ello no obsta a que algunos autores hayan reconocido la existencia de ciertos derechos colectivos en sentido estricto dentro de la categoría, pero esto no sería exclusivo de los derechos sociales: también otras categorías incluirían derechos colectivos, como la de derechos civiles o la de derechos de cuarta generación.

Siguiendo este razonamiento, el presente capítulo se dedicará a describir las principales razones que se ofrecen para defender que la categoría de derechos sociales no puede asociarse a los derechos colectivos con carácter general, y se reservará el capítulo siguiente para mostrar aquellas posturas que reconocen expresamente la existencia de algunos derechos colectivos dentro de la categoría.

I. LOS DERECHOS SOCIALES SON (CASI) SIEMPRE DERECHOS INDIVIDUALES

Como ya se ha avanzado, la mayoría de los autores consultados se ha pronunciado rotundamente en contra de la caracterización de la categoría de derechos sociales como derechos colectivos. Y es que, según estas reflexiones, los derechos sociales serían como regla general divisibles en derechos de titularidad individual: (i) en muchas ocasiones, lo que sucedería es que el titular estaría especificado en función de su pertenencia a algún *grupo* o *categoría* de personas, fruto del proceso de especificación al que se hará referencia en el apartado II de este capítulo; (ii) en otras, que su ejercicio y/o defensa procesal serían a veces –pero no siempre– colectivos, sin que ello deba afectar necesariamente a su titularidad; (iii) además, numerosos autores insisten en que los derechos sociales no defenderían solamente intereses o bienes colectivos, sino también –y, de hecho, principalmente–, intereses individuales. Como se puede ver, estos autores parecen desglosar la cuestión en torno a la titularidad, el ejercicio de los derechos y los intereses protegidos⁴. Esta idea resulta interesante, teniendo en cuenta que los argumentos relevantes sobre la identificación entre derechos sociales y derechos colectivos –y que no han sido descartados expresamente en el itinerario realizado– aluden a todas o algunas de estas cuestiones.

A lo largo de las líneas siguientes se realizará una aproximación por separado a cada uno de los referidos argumentos, atendiendo no sólo a la doctrina académica sino también, cuando proceda, a la jurisprudencia constitucional. En cualquier caso, debe guardarse en mente que los argumentos que a continuación se analizan tratan elementos muy a menudo relacionados y que, además, un estudio en detalle de cuestiones como la legitimación procesal, las modalidades de ejercicio o los intereses y necesidades protegidos por cada uno de los

⁴ Se trata de una línea semejante a la señalada en el capítulo 3, apartado I.1.(i), como era el caso por ejemplo de G. Jáuregui.

derechos excede de los propósitos del presente trabajo de investigación, que aborda la categoría desde un enfoque general aunque en ocasiones puedan aportarse algunos ejemplos.

Cabe también precisar que pueden distinguirse varias versiones de esos mismos argumentos: en unos casos, esta línea de caracterización de los derechos sociales convive con el reconocimiento de la existencia de algunos derechos sociales colectivos; en otros, se descarta esta última posibilidad por ser contraria a determinadas premisas sobre los *derechos humanos* o el objeto protegido por los *derechos sociales*⁵.

1. «El titular no sería el grupo sino la persona, pero a menudo estaría “situada”»:

Uno de los argumentos más frecuentes en contra de la consideración de los derechos sociales como derechos colectivos sostiene que los titulares de la mayoría de éstos serían las personas individualmente consideradas, si bien a veces éstas estarían “situadas”.

(i) *El titular no sería el grupo...*

Para muchos autores, el titular habitual de los derechos sociales es de naturaleza individual. Deben así rechazarse –dicen– las afirmaciones de que los derechos sociales son derechos de grupos como los trabajadores, los niños, las mujeres, las personas mayores o las personas con discapacidad.

Para B. de Castro Cid, este género de afirmaciones resultan tan «agresivamente parciales» y «unilaterales» que serían incapaces de ofrecer una explicación satisfactoria de la mayoría de los derechos sociales⁶. De hecho –dice–, un gran número de derechos sociales se atribuyen a los individuos y no a los grupos humanos: tal sería el caso del derecho a la protección contra el hambre, del derecho a la salud, a la asistencia pública, al trabajo, a la educación, a una retribución justa, etc.⁷ En otras obras posteriores matiza que este tipo de derechos tendría generalmente como titular inmediato no al grupo, sino a «los miembros de ese grupo *en cuanto individuos*»⁸. Tanto es así, que la identificación de los derechos sociales con los derechos colectivos –entendidos como derechos de titularidad colectiva– haría que la categoría quedara prácticamente vacía, en la medida en que sólo algunos derechos sociales reunirían esa característica⁹.

Del mismo modo, y pese a reconocer que determinados derechos sociales pudieran incluirse en la categoría de derechos colectivos, A. Garriga opina que la mayoría de ellos serían de

⁵ En otras, simplemente, la temática no se aborda con el suficiente detalle como para precisar si habría excepcionalmente algún derecho colectivo dentro de la categoría.

⁶ DE CASTRO CID, B. “Los derechos sociales: análisis sistemático”, cit., p. 15. Lo mismo sucedería con otros rasgos diferenciadores, cuya «aplicación *aislada y unilateral* [...] dejaría siempre fuera de la categoría a algunos de los derechos que, conforme a los otros criterios, habrían de ser considerados como pertenecientes a ella». DE CASTRO CID, B. “Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales”. *Anuario de filosofía del Derecho*. 1998, núm. XV, p. 34.

⁷ DE CASTRO CID, B. “Los derechos sociales: análisis sistemático”, cit., p. 15.

⁸ DE CASTRO CID, B. *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, cit., pp. 31-32. La cursiva es de la autora.

⁹ *Ibidem*. Sobre los derechos sociales que el autor considera como colectivos, véase el capítulo 5, apartado I.1. La cantidad, por tanto, sería un elemento relevante para el autor.

titularidad individual¹⁰. De hecho, M^a. J. Añón *et al.* parecen remitir esta cuestión a los derechos culturales: así, la condición o no de derechos colectivos sería una cuestión teórica ligada fundamentalmente a la protección jurídica de la especificidad cultural de determinados grupos o minorías¹¹.

La idea que se desprende de muchas reflexiones de los autores es que, en un buen número de casos, el enunciado del derecho aparentemente colectivo sería *reducible a derechos individuales*, algunos de éstos reconocidos a cada uno de los miembros de ese grupo o de esa categoría y no al grupo como tal. Sobre el rasgo de la *indivisibilidad* que los derechos han de tener para poder ser considerados colectivos ya se han hecho algunas reflexiones aunque, como se ha visto, tampoco se trata de un rasgo unánime: si se sigue el razonamiento señalado por B. Parekh, podría tratarse de derechos colectivos primarios –propios de colectividades *qua* colectividades– pero que se *ejercen individualmente*¹².

Para F. J. Laporta, la adscripción individualizada del destinatario sería una dimensión propia de la misma noción de “derecho”¹³: en otras palabras, los estados de cosas o exigencias protegidas deben estar *residenciadas en individuos*. Ahora bien –matiza el autor–, “individuos” pueden serlo también las personas colectivas o algunas colectividades –*e.g.*, pueblos, nacionalidades–, siempre que se introduzcan criterios para identificar al titular como tal individuo y no colectiva o impersonalmente¹⁴. Por lo tanto, los derechos se atribuirían a *todos y cada uno de los integrantes de una clase*, identificados mediante criterios que manifestasen esa individualidad¹⁵:

Cuando un enunciado que atribuye derechos dice, por ejemplo, “los comerciantes tienen derecho a...” o “los niños tienen derecho a...” no trata de decirnos que el colectivo de comerciantes o niños, como tal colectivo tenga unos derechos, sino que todos y cada uno de los individuos tales que sean ‘comerciante’ o ‘niño’ tiene ese derecho¹⁶.

Pues bien, cabría decir que algunos autores coincidirían con F. J. Laporta a la hora de llegar a esta última conclusión, que reconduce muchos derechos atribuidos aparentemente a grupos o categorías a enunciados de titularidad individual¹⁷. En muchos de estos casos, el principal impedimento para considerar que esos derechos son derechos colectivos reside en que los grupos o colectivos aludidos no tienen entidad suficiente para poder ser “individuos” –como diría F. J. Laporta– o para ser sujetos colectivos. Esto que se acaba de decir nos remite al

¹⁰ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. “Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento”, cit., p. 633.

¹¹ AÑÓN ROIG, M^a J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 65.

¹² PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo: diversidad cultural y teoría política*, cit., p. 318.

¹³ LAPORTA, F. J. “El concepto de derechos humanos”, cit., p. 29.

¹⁴ Ídem, pp. 30-31. De todos modos, señala F. J. Laporta que cuando se trata de colectividades las dificultades conceptuales para medir el alcance del derecho suelen ser casi insuperables. Además, para este autor las colectividades no podrían ser titulares de derechos humanos, ya que según se plantea en esta obra este tipo de derechos se atribuye a todos y cada uno de los *seres humanos*. Ídem, p. 32.

¹⁵ Ídem, p. 30.

¹⁶ Ídem, p. 31.

¹⁷ Así se ve en las reflexiones iniciales de J. de Lucas en, por ejemplo, DE LUCAS, J. “El racismo como coartada”. En: PRIETO SANCHÍS, L. *et al.* *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1994, p. 31, si bien posteriormente se acaba alejando de ellas para defender la conveniencia de atribuir algunos derechos colectivos a las minorías.

debate sobre la identificación de los sujetos colectivos y la agencia moral, al que ya se ha hecho referencia en el capítulo 3. G. Peces-Barba, por ejemplo, ha señalado lo siguiente:

No son derechos colectivos los que aparecen en el proceso de especificación, que comprende los derechos de personas situadas y concretas. Es verdad que esas personas se identifican por pertenecer a un colectivo –mujer, menor, anciano, minusválido o consumidor–, pero estamos ante derechos individuales situados en un colectivo, donde éste marca los límites de la titularidad, pero no es un sujeto colectivo, ni expresa una voluntad colectiva. Hay colectivos de mujeres y de mayores, pero las mujeres o los mayores no son sujetos colectivos¹⁸.

Con todo, para muchos de estos y otros autores sí cabría identificar algunos derechos sociales de titularidad colectiva, de los que se dará cuenta en el próximo capítulo 5. De todas maneras, esto no sería sustancialmente distinto de otras categorías. Para B. de Castro Cid, por ejemplo:

... la dimensión colectiva está impresa (al menos, tendencialmente) en todos los derechos. En consecuencia, los derechos deberán ser caracterizados como *individuales* siempre que sean reconocidos en atención al sujeto titular en cuanto persona individual y como sociales siempre que sean atribuidos al grupo como colectividad, de tal modo que los miembros individuales de ese grupo son beneficiarios sólo en su calidad de partícipes del conjunto¹⁹.

A pesar de que estas líneas puedan dar lugar a equívocos, con ellas el autor no está proponiendo una nueva asociación entre derechos sociales y derechos que se atribuyen a los grupos. Por su ubicación sistemática en la obra estas líneas no parecen tener otra finalidad que la señalada anteriormente, esto es, la de demostrar que también otros derechos pertenecientes a categorías distintas pueden ser caracterizados como derechos colectivos o tener una dimensión colectiva y que, en ese sentido, el enfrentamiento entre *derechos individuales* y *derechos sociales* no sería tal²⁰.

Mucho más radicales son algunos autores que, directamente, niegan la posibilidad de que entre los derechos sociales haya derecho colectivo alguno. Para A. E. Pérez Luño, por ejemplo, titular de derechos humanos sería *sólo y siempre* la persona individual, incluidos los derechos sociales²¹. ¿Por qué? Porque los derechos humanos constituyen la afirmación del valor universal del individuo y, por ello, el gran invento de la *modernidad* habría sido la ampliación de la titularidad de las posiciones jurídicas a todos y cada uno de los hombres, que no estarían ya atribuidas sólo a algunos miembros de la comunidad –*e.g.*, el faraón, el príncipe, los nobles– o entes colectivos –*e.g.*, reinos, Estados, iglesias²². Los derechos humanos serían originariamente facultades jurídicas individuales de titularidad universal²³. Recuérdese a estos efectos que para este autor no existiría tal cosa como una voluntad colectiva, lo que impediría

¹⁸ PECES-BARBA, G. “Los derechos colectivos”, cit., p. 68. El subrayado es de la autora.

¹⁹ DE CASTRO CID, B. *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, cit., p. 32. En cursiva en el original. El subrayado es de la autora.

²⁰ De hecho, B. de Castro Cid parece sentirse más cómodo con la *enumeración individualizada* de los derechos sociales que con su identificación en función de supuestos rasgos diferenciales –entre ellos, el hecho de ser *derechos colectivos* o tener una *dimensión colectiva*–. Y es que, según él: «... la aplicación aislada y unilateral de cualquier de estas notas dejaría siempre fuera de la categoría a algunos de los derechos que, conforme a los otros criterios, habrían de ser considerados como pertenecientes a ella». DE CASTRO CID, B. “Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales”. *Anuario de filosofía del Derecho*. 1998, núm. XV, p. 34.

²¹ PÉREZ LUÑO, A. E. “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, cit., p. 261.

²² Ídem, p. 259-260.

²³ Y así, el concepto de derechos humanos se habría *edificado* sobre la base del reconocimiento conjunto e indivisible de la *individualidad* y la *universalidad*. Ídem, p. 260.

considerar a los grupos como agentes morales²⁴. Es por eso que, aunque partidario de una visión generacional de los derechos humanos, A. E. Pérez Luño considera «apresurada» y «poco atenta» aquella versión de esta tesis que sostiene que a partir de los derechos sociales se admiten nuevas formas de titularidad colectiva²⁵. Una lectura correcta implicaría más bien la sucesiva ampliación de los contextos, supuestos y condiciones que inciden en la titularidad de los derechos humanos y de las necesidades en cuya función ésta se reconoce, pero el sujeto titular seguiría siendo individual²⁶.

Ahora bien, cuando se trata de derechos fundamentales y no de derechos humanos la cuestión cambia para este autor. A grandes rasgos, según A. E. Pérez Luño los derechos humanos serían facultades inherentes a la persona que *deben ser* reconocidas por el Derecho positivo y que tienen una insoslayable dimensión deontológica²⁷; cuando se produce ese reconocimiento –dice–, aparecen los derechos fundamentales, que constituirían el sector más importante de los ordenamientos jurídico-positivos democráticos al tener la función de fundamentar el orden jurídico de los Estados de Derecho. Pues bien, en este último caso sí cabe reconocer que *en ocasiones* los titulares de derechos sociales serían los grupos en que la persona se integra para el logro de sus objetivos, a los que se equipararía *a efectos jurídicos* con las personas individuales con objeto de la «tutela de determinados derechos fundamentales»²⁸. Y así:

Los individuos podrán ser sujetos titulares de derechos humanos o de cualquier otro tipo de derechos; mientras los entes colectivos podrán ser sujetos titulares de cualquier tipo de derechos en el plano internacional e interno, incluso de derechos fundamentales, pero nunca de derechos humanos²⁹.

La anterior reflexión provoca ciertas inquietudes en F. J. Ansuátegui Roig, quien cuestiona la posibilidad de hablar de derechos fundamentales que no vengan amparados por un derecho humano; pues, ¿a qué moralidad responderían esos derechos fundamentales, sino es a la de los derechos humanos?³⁰

²⁴ Ídem, p. 265.

²⁵ Según esta tesis, dice A. E. Pérez Luño, la titularidad de los derechos humanos a partir de la generación de los derechos sociales ya no habría sido privativa de los individuos, al haberse incorporado formas de titularidad colectiva; en la actualidad –en referencia a los derechos de cuarta generación– los derechos humanos podrían predicarse también de entes colectivos y difusos como una comunidad o un pueblo. Esta postura quedará reflejada en el capítulo 5.

²⁶ Ídem, pp. 262-263.

²⁷ En otras obras, A. E. Pérez Luño precisa un poco más: los derechos humanos serían «un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional». PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 50.

²⁸ PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*, cit., p. 208; PÉREZ LUÑO, A. E. “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, cit., pp. 264-265. En cualquier caso, cabe señalar que A. E. Pérez Luño considera simplista la tesis que vincula las libertades al hombre individual y los derechos sociales a los grupos: en ambas categorías de derechos fundamentales se localizarían derechos tanto del hombre individual como de los grupos. PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*, cit., p. 208. Véase capítulo 5, apartado II.

²⁹ PÉREZ LUÑO, A. E. “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, cit., p. 266.

³⁰ «¿Podríamos encontrarnos derechos fundamentales tras de los cuales no hay un derecho humano? La idea de que los derechos fundamentales responden a una determinada moralidad y que son siempre expresión de esta, no funcionaría en este caso. Es decir, la tesis que mantengo es aquella según la cual –

La tesis de A. E. Pérez Luño recuerda, con matices, a las de aquellos autores que niegan la posibilidad de que los derechos colectivos puedan ser derechos humanos, pero que sí admiten que ambos tipos de derechos pueden ser *complementarios*³¹. P. Jones señala que esta postura otorgaría importancia a algunos derechos colectivos a la hora de complementar a los derechos humanos, propios de los seres humanos individualmente considerados. Así, se considera que las razones que llevan a adscribir derechos a individuos pueden llevar también a reconocer derechos a determinados grupos, de modo tal que derechos humanos y colectivos, aun separados conceptualmente, estarían unidos por los mismos valores y consideraciones subyacentes³². De esta manera, un mismo derecho podría ser considerado o no humano según quién fuera su titular³³.

F. J. Contreras Peláez también rechaza que el titular de los derechos sociales sea en ningún caso el grupo. Para él, una cosa es que los derechos sociales se inspiren en el valor de la solidaridad y surjan de una filosofía superadora de cierto individualismo –como se ha señalado en el capítulo 2– y otra distinta el que de esas afirmaciones se pueda inferir una titularidad colectiva. Aunque la comunidad sea indispensable por muchas razones para las personas, esta razón –afirma– no la convierte en la titular de los derechos sociales³⁴. El motivo de fondo para este autor reside en que los derechos sociales se fundamentarían en la satisfacción de necesidades humanas básicas y que sólo los individuos serían susceptibles de experimentar necesidades³⁵. Por ello, «en rigor, para evitar confusiones indeseables, habría que hablar de “derechos sociales del individuo”»³⁶. De acuerdo con él, J. Martínez de Pisón añade que la colectividad no es la titular de los derechos por mucho que éstos se expresen *genéricamente*: a su juicio, son los seres humanos los que solicitan, ejercen y disfrutan este tipo de derechos, ya

si se admite la distinción de Pérez Luño– puede haber derechos humanos no positivizados en forma de derechos fundamentales, pero al mismo tiempo, no es posible hablar de derechos fundamentales que no sean en realidad el resultado de la positivación de derechos humanos. Admitir lo contrario supondría contemplar la posibilidad de que existieran derechos fundamentales que fueran expresión de una moralidad distinta a la de los derechos humanos, que no es cualquiera, sino la reconducible a las ideas de dignidad y autonomía». ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. “Introducción. Reflexiones preliminares sobre un problema moral y jurídico: los derechos colectivos”, cit., p. 14.

³¹ Describe esta postura GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., pp. 117-118.

³² JONES, P. “Human Rights, Group Rights, People’s Rights”, cit., pp. 80-81.

³³ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., pp. 117-118. De una manera más reaccionaria, C. Schmitt entendía que los derechos de las comunidades que se encontraban en la constitución alemana de Weimar ni siquiera constituían derechos fundamentales, como tampoco lo hacían los derechos sociales –entendidos como derechos a prestaciones estatales–. Los derechos fundamentales en sentido propio serían para él los derechos del hombre individual libre y aislado, aunque también los derechos de libertad del hombre en relación con otros (siempre que en su ejercicio no se traspasase la barrera de lo apolítico). Los derechos de las comunidades podrían ser derechos subjetivos o garantías institucionales, pero nunca derechos fundamentales. SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. Ayala, F. (trad.). Madrid: Alianza Editorial, 1982, pp. 170-178.

³⁴ CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 29. De todos modos, a este razonamiento cabría oponerle que una cosa es que la comunidad no se convierta en la titular de *todos* los derechos sociales y otra que su carácter indispensable no la haya configurado como titular de *algunos* de ellos o que esa titularidad de algunos derechos no sea deseable. A estos efectos, cabe remitirse a lo señalado en el capítulo 3, apartado II.1.(ii) sobre el valor de algunas comunidades.

³⁵ CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 30-31. Véase el próximo apartado I.2.(ii) del presente capítulo.

³⁶ *Ibidem*.

que el referente último de su existencia es el ser humano³⁷.

A estos argumentos a veces se les añade el recurso a los principales textos del sistema universal de protección de derechos humanos. Por ejemplo, J. Humphrey y P. Ricoeur consideran que los derechos sociales incluidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos están enunciados en términos individuales, aunque el primero de ellos salva dos excepciones: (i) el derecho a la autodeterminación de los pueblos en ambos Pactos Internacionales de 1966 y (ii) las referencias a los derechos de los sindicatos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“PIDESC”)³⁸. El resto serían derechos de las “personas” o de “cada individuo”, incluido el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”) sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas³⁹. De esta opinión es también F. J. Contreras Peláez, para quien los colectivos «no aparecen por parte alguna» en la Declaración Universal de Derechos Humanos ni en el PIDESC, a excepción del citado derecho a la autodeterminación de los pueblos –que a su juicio tampoco sería un derecho social–⁴⁰.

(ii) ... sino la persona, a menudo “situada”:

Algunos de los comentarios citados en las líneas anteriores ya han avanzado una idea esencial en lo que a la titularidad de los derechos sociales se refiere: aunque titular de todos o muchos de estos derechos sea la persona individual, lo cierto es que, en muchas ocasiones, no se trata sin embargo de la persona sin más, abstracta y enunciada en términos supuestamente universales. Titular de los derechos sociales –se dice–, suele ser la «persona situada»⁴¹,

³⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., p. 99.

³⁸ HUMPHREY, J. “La Declaración internacional de derechos: estudio crítico”, cit., p. 69: «A veces los derechos colectivos se confunden con los derechos económicos, sociales y culturales y tal vez sea por eso que ahora se les está prestando tanta atención. Pero son conceptos muy diferentes y en verdad tanto la Declaración como el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales enuncian, con las excepciones señaladas anteriormente, estos derechos como derechos del individuo. [...] Estos derechos pertenecen a los individuos y no a los sindicatos ni a cualquier otra colectividad”. Vid. también RICOEUR, P. “Fundamentos filosóficos de los derechos humanos: prefacio». En: DIEMER, A. *et al. Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, cit., p. 28, para quien los derechos humanos estarían estrechamente concebidos como derechos subjetivos individuales y, por ese motivo, el discurso de los derechos humanos sería un discurso ideológico, de «justificación y encubrimiento»: con él se justificarían unos derechos al tiempo que se ocultarían las violaciones de los derechos sociales y la falta de reconocimiento de derechos subjetivos aplicables a los grupos.

³⁹ HUMPHREY, J. “La Declaración internacional de derechos: estudio crítico”, cit., pp. 67-68. El art. 27 PIDCP dice así: «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

⁴⁰ «A la hora de especificar la titularidad de los derechos, ambos textos se sirven sistemáticamente de la locución “toda persona” [...]. Los colectivos no aparecen por parte alguna, si exceptuamos la mención del derecho de libre determinación de los pueblos (cuya catalogación como derecho social no acabamos de comprender) en el artículo 1 del Pacto». CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 31. Recuérdese que este autor define los derechos sociales como derechos de prestación, lo que (quizás) haya podido motivar la referencia más obvia de los derechos de los sindicatos.

⁴¹ Por ejemplo, BURDEAU, G. *Les libertés publiques*, cit., p. 18; PÉREZ LUÑO, A. E. “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, cit., p. 262; AÑÓN ROIG, M^a J. *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, cit., p. 312.

«concreta»⁴², el «hombre contextualizado»⁴³.

Pero, ¿en qué se concreta, dónde se sitúa o contextualiza la persona? Los diferentes autores aluden a cuestiones generales relacionadas con el *entorno social concreto*. Aunque los desarrollos de esta idea suelen ser parecidos o confluir en una serie de ideas básicas, lo cierto es que parece haber dos tipos de argumentos: (i) uno de ellos insiste en la adscripción de la persona a determinados grupos o colectividades; (ii) el otro pone el énfasis en la situación o circunstancias particulares de la persona, sin aludir directamente a la incidencia del grupo sobre ella. No es infrecuente ver ambos tipos de argumentos en un mismo autor, pues evidentemente se hallan relacionados; no obstante, a veces parece primar una tendencia sobre la otra, como se verá. Cuando confluyen esas circunstancias –incluida la pertenencia al grupo– el titular de estos derechos sociales será individual, pero concreto: la mujer, el trabajador, el niño, la persona mayor, quien precisa asistencia, etc.⁴⁴

Siguiendo esta idea, puede verse que en algunas ocasiones lo que se enfatiza es la situación personal, las circunstancias que rodean a la persona titular del derecho, sin aludir expresamente a la inclusión de esas personas a grupos o sectores de población.

Por ejemplo, A. E. Pérez Luño señala en algunas obras que los derechos sociales tendrían como titulares a «los individuos en el seno de sus situaciones concretas en la sociedad»⁴⁵ y, en la misma línea L. Prieto Sanchís y M^a. J. Añón hablan de las personas en su específica situación social⁴⁶. En particular, esta última autora considera en algunas obras que los derechos sociales son derechos del hombre situado en un entorno social concreto, directamente relacionados con sus condiciones de vida y el acceso a bienes materiales y culturales, y que se proyectan hacia la satisfacción de necesidades desde esas situaciones⁴⁷.

En efecto, las condiciones materiales de existencia de los sujetos titulares es uno de los desarrollos principales de la tesis de la concreción de la persona. F. J. Contreras Peláez alude a las circunstancias históricas, culturales y económicas –en otras palabras, las *circunstancias específicas*– que rodean la vida de las personas, entre las que destaca por ejemplo los niveles de renta, la categoría profesional, la edad, el sexo, la situación familiar o la presencia de

⁴² PECES-BARBA, G. “Los derechos sociales”, cit., p. 22. Vid. también PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 427.

⁴³ CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 24. A. Garriga se hace eco de las tres denominaciones en GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. “Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento”, cit., pp. 634-635.

⁴⁴ PRIETO SANCHÍS, L. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., p. 16; MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., p. 99; CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 25; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. “Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento”, cit., p. 636.

⁴⁵ PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*, cit., p. 209. Acoge también esta idea, por ejemplo, MARTÍ DE VESES PUIG, C. “Normas internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales”, cit., p. 288.

⁴⁶ PRIETO SANCHÍS, L. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., p. 16; AÑÓN ROIG, M^a J. *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, cit., p. 312.

⁴⁷ AÑÓN ROIG, M^a J. *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, cit., p. 312. De manera similar, B. de Castro Cid señala que los derechos sociales asumen las situaciones concretas en que se encuentran los individuos y se proyectan hacia la satisfacción de necesidades económicas, asistenciales, educativas y culturales. DE CASTRO CID, B. “Los derechos sociales: análisis sistemático”, cit., p. 18.

discapacidades⁴⁸. N. Bobbio alude a los diferentes estatus sociales o maneras de estar en la sociedad, y en particular por razón de sexo, la edad o las condiciones físicas⁴⁹. Como se puede apreciar, en todos estos casos el énfasis parece situarse en el contexto vital en general y las circunstancias particulares que afectan a los sujetos de derechos⁵⁰.

Sin embargo, a veces la carga de la argumentación se va desplazando hacia el factor grupal o sectorial de la población –en tanto que “circunstancia comunitaria”–, sin que por ello se convierta al grupo en el titular de los derechos sociales o de muchos de ellos. Por ejemplo, cuando A. E. Pérez Luño habla de la evolución de las formas de titularidad de los *derechos humanos*, en la generación de los derechos sociales sostiene lo siguiente: «el sujeto titular será la persona situada en los contextos en que operan los grupos o entes comunitarios en los que desarrolla su existencia como ser social»⁵¹.

G. Peces-Barba, como ya se ha podido ver, acoge también este tipo de argumento y lo combina con el anterior. Cabe aclarar en cualquier caso que, aunque suele diferenciar entre los derechos sociales y los derechos propios del proceso de especificación, en ocasiones también califica a los primeros de *derechos específicos*. Los titulares de estos últimos serían las personas concretas y situadas cuya pertenencia a un determinado *colectivo* las coloca en una situación de inferioridad en las relaciones sociales por razones culturales, sociales, físicas o psíquicas⁵². En particular, los derechos sociales serían para él *genuinamente* derechos de las *personas que carecen*, que necesitan apoyo para la satisfacción de sus necesidades básicas dada la existencia de una desigual distribución de la riqueza y que, en el siglo XIX, se habrían identificado con la clase trabajadora⁵³. Dicho esto, él mismo reconoce que algunos de los derechos inicialmente asignados a esta clase trabajadora o económicamente desfavorecida se habrían generalizado a todas las personas –generalización cuya conveniencia no deja por cierto de ser objeto de discusión⁵⁴–. En este sentido, no pasa desapercibido el cambio en los enunciados de muchas de las normas jurídicas que han ido plasmando derechos sociales: por ejemplo, de esa obligación de garantizar asistencia a «enfermos y a los ancianos sin recursos,

⁴⁸ CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 25.

⁴⁹ BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 114-115.

⁵⁰ En este sentido también se pronuncia MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., p. 100.

⁵¹ PÉREZ LUÑO, A. E. “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, cit., pp. 262-263. En otra obra habla de «circunstancias reales, concretas y comunitarias». PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 123.

⁵² PECES-BARBA, G. “Los derechos colectivos”, cit., p. 68; PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 314 y 427. En otras ocasiones, sin embargo, el autor parece seguir a N. Bobbio y, en vez de aludir al colectivo, habla de determinadas *condiciones* o *situaciones* sociales, culturales, físicas o psíquicas –todos ellos *estatus sociales*– que las colocan en una situación de inferioridad en las relaciones sociales. Ídem, pp. 181-182.

⁵³ PECES-BARBA, G. “Los derechos sociales”. *Temas para el debate: revista de debate político*. 1996, núm. 24, p. 22; PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 313-314 y 318-320.

⁵⁴ PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 318-320. Para G. Peces-Barba, la generalización de estos derechos a personas con capacidad de cubrir sus necesidades por sí mismos –e.g., la protección de la salud o la gratuidad de la enseñanza– estaría desvirtuando la finalidad de la categoría y produciendo situaciones de injusticia. En contra de esta postura, véase LEMA AÑÓN, C. “Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 2010, núm. 22, pp. 179-203.

y que sus familias no pueden socorrer» que enunciaba el art. 13 de la constitución de 1848⁵⁵ se ha ido pasando a un derecho a la asistencia médica gratuita en algunas constituciones e, incluso, a los derechos de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud y a un nivel de vida adecuado de los arts. 11 y 12 PIDESC.

Según A. Garriga, cuando los derechos sociales son atribuidos a colectividades como los trabajadores, las personas mayores, los niños, etc., el titular del derecho será *aquella persona* en la que confluya el elemento determinante de la *pertenencia* al grupo: ser mujer, persona mayor o con discapacidad, etc. Los individuos, pues, van a poder disfrutar de determinadas políticas por razón de esa pertenencia a alguno de los colectivos concretos⁵⁶.

Ahora bien, en algunas de sus obras B. de Castro Cid parece realizar una vuelta de tuerca a esta idea, al señalar que los colectivos humanos en función de los cuales se configuran con frecuencia los derechos sociales están definidos por la *especial situación de sus miembros*. En este sentido, el grupo se define por la especial situación del individuo y no al revés, el individuo por la especial situación del grupo⁵⁷.

La cuestión de la pertenencia al grupo también la han tratado otros autores. Recuérdense a estos efectos las referencias de A. García Inda y G. Jáuregui respecto a, respectivamente, los “derechos especiales o de grupo” y los “derechos específicos de grupo”. Éstos no hacen referencia al dato de la *concreción, contextualización o situación* de la persona titular, pero para ambos en este tipo de derechos la titularidad está residenciada en el individuo en función de su condición de miembro de un grupo⁵⁸. En la constitución española de 1978 –dice G. Jáuregui– podrían verse los siguientes ejemplos: la protección de la familia, los hijos, las madres y los niños en general (art. 39 CE *in extenso*), la protección de la participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48 CE), la protección de los «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos» (art. 49 CE), la protección de los ciudadanos de la tercera edad (art. 50 CE) o la protección de los consumidores y usuarios (art. 51 CE)⁵⁹.

Pues bien, generalmente las circunstancias y los grupos señalados suponen para los titulares una situación de vulnerabilidad o inferioridad –que no se extiende sólo a cuestiones socioeconómicas, sino también político-culturales– en la que ciertas necesidades no quedan cubiertas suficientemente⁶⁰. Y es que, como ya se ha ido viendo a lo largo de este trabajo,

⁵⁵ PECES-BARBA, G. *et al. Textos básicos de derechos humanos: con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 2001, p. 148.

⁵⁶ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. “Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento”, cit., p. 635: «La titularidad de los derechos sociales es de la persona individualmente considerada, no del grupo o la colectividad, si bien es titular de los derechos en cuanto que pertenece o se incluye en alguna de estas categorías». Ídem, p. 634. A pesar de que la afirmación resulta tajante, recuérdese que la autora considera que algunos derechos sociales sí son derechos de los grupos.

⁵⁷ DE CASTRO CID, B. “Los derechos sociales: análisis sistemático”, cit., p. 18.

⁵⁸ En particular, A. García Inda lo describía así: «Son derechos individuales atribuidos únicamente a los miembros de una colectividad y en función de la pertenencia al grupo». GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 113. G. Jáuregui, por su parte, señala lo siguiente: «Son aquellos derechos cuya titularidad reside en el individuo en función de su pertenencia a un determinado grupo». JÁUREGUI, G. “Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible”, cit., p. 57.

⁵⁹ JÁUREGUI, G. “Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible”, cit., p. 57.

⁶⁰ Generalmente se hace hincapié en la vulnerabilidad socioeconómica, pero a raíz de los derechos de las minorías culturales y de la ciudadanía diferenciada cada vez es más frecuente incluir la mención a la

según la mayoría de los autores los derechos sociales constituyen un mecanismo para suplir tales carencias y cubrir las necesidades básicas⁶¹. Es, precisamente, la mejor satisfacción de estas necesidades lo que lleva a algunos autores a justificar la adscripción a los grupos y, al mismo tiempo, relativizar su importancia última. En este sentido ha sido clave para muchos autores la siguiente afirmación de M. Mazziotti:

Il rilievo dati dai diritti sociali all'appartenenza di coloro che ne sono soggetti a determinati gruppi, deriva dal presupposto che tale rilievo valga a identificare più esattamente le posizioni personali di essi e consenta quindi una migliore rispondenza delle singole norme alle esigenze di coloro che esse intendono proteggere. Si tratta cioè di un rilievo mirante a proteggere non il gruppo in sé, ma a cogliere il singolo nella sua concreta posizione individuale in seno alla società⁶².

A. E. Pérez Luño y F. J. Contreras Peláez han acogido este argumento⁶³. Lo que se halla detrás del factor de la pertenencia a determinados grupos no es más que una manera de averiguar la concreta posición social del individuo y, de este modo, satisfacer mejor sus necesidades. Se trata, por lo tanto, de un instrumento, de un medio para evaluar mejor las circunstancias personales de tales miembros. También J. L. Rey Pérez se remite a esta idea y afirma además lo siguiente:

Hay derechos que se precisan en tanto que uno pertenece a un grupo que posee similares necesidades y demandas, pero el titular no es el grupo como tal, sino el individuo que siente esas necesidades. Por lo tanto, los derechos sociales son individuales aunque se disfruten por la efectiva pertenencia a un determinado grupo, esto es, por estar situado en una posición determinada⁶⁴.

Para F. J. Contreras Peláez, el factor grupal funciona como una especie de presunción *iuris et de iure*: así, se presupone que los individuos que pertenecen a determinados grupos –*e.g.*, madres, personas mayores, trabajadores– poseen ciertas necesidades típicas. Lo ideal para

vulnerabilidad de carácter cultural. Véase a estos efectos AÑÓN ROIG, M^a. J. “Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías”. En: DE LUCAS, J. (dir.). *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 79-80. También reflexiona sobre el principio de igualdad aplicado a minorías socio-económicas, de una parte, y culturales, de otra, PRIETO SANCHÍS, L. “Igualdad y minorías”. En: PRIETO SANCHÍS, L. (coord.). *Tolerancia y minorías: problemas jurídicos y políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 27-61.

⁶¹ Precisamente, apunta J. Martínez de Pisón, la principal consecuencia de concebir a la persona bajo unas circunstancias concretas y específicas –o como miembro de determinados grupos, cabría decir– es la mayor eficacia en la satisfacción de esas necesidades. MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., p. 98.

⁶² MAZZIOTTI, M. “Diritti sociali”, cit., pp. 804 y ss.: «La relevancia dada por los derechos sociales a quienes pertenecen a determinados grupos deriva de la suposición de que ésta sirve para identificar con mayor precisión las posiciones personales y por lo tanto permite una mejor adecuación de las normas individuales a las necesidades de aquellos a quienes tratan de proteger. Se trata por lo tanto de una relevancia encaminada a proteger no al grupo en sí, sino a capturar al individuo en su concreta posición individual en el seno de la sociedad».

⁶³ PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*, cit., p. 209; PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., 86; CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 32.

⁶⁴ REY PÉREZ, J. L. “La naturaleza de los derechos sociales”, cit., p. 150. La remisión al argumento de M. Mazziotti se realiza en ídem, p. 151. De lo contrario, continúa este autor, podría incurrirse en el error de defender la existencia de esencias objetivas y no negociables que identifican a determinados colectivos, dejando en un lugar subordinado a la libertad del individuo⁶⁴. Como puede verse, se refleja aquí el temor ya señalado en el capítulo 3, apartado II.1.(iv) de que del reconocimiento de derechos colectivos se derive la opresión de los individuos.

este autor sería que las políticas sociales se basaran en una asistencia totalmente “personalizada”, esto es, en la averiguación de las necesidades específicas de *cada* individuo, pero como lo anterior sería imposible, el legislador se habría visto obligado a clasificar a la población en una serie de colectivos en los que se presupondría la presencia de determinadas necesidades.

A partir de aquí, es fácil incurrir en la tentación de “hipostasiar” al grupo, viendo en él un sujeto de necesidades; de ahí la confusión entre derechos sociales y derechos colectivos. En realidad, el “factor grupal” funciona simplemente como un criterio taxonómico que permite la modulación del derecho genérico a la asistencia en función de los diversos contextos vitales⁶⁵.

Como se puede ver, este desarrollo de la contextualización de la persona otorga importancia a la pertenencia de los individuos al grupo al mismo tiempo que se la reduce a la condición de criterio taxonómico o presunción de la situación del individuo⁶⁶. Téngase además en cuenta que esta línea de argumentación la utiliza F. J. Contreras Peláez para negar precisamente que entre la categoría de derechos sociales pueda haber derecho colectivo alguno. Por lo tanto, cuando este autor disputa la tendencia a hipostasiar al grupo, ¿no estará quizás hipostasiando él al individuo?

En visiones como la de M. Mazziotti y muchos de aquéllos que le secundan parece subyacer un profundo temor a caer en visiones premodernas de los derechos, en las que el individuo no vale más que si es miembro de determinados estamentos, castas o gremios⁶⁷. De ahí algunas afirmaciones que parecen más bien un juego de palabras: por ejemplo, (i) cuando B. de Castro Cid reconoce que los derechos sociales en su mayoría se atribuyen a los *miembros* de un grupo pero, y aquí matiza, no en cuanto miembros sino en cuanto individuos, o (ii) cuando apunta que se configuran en función de unos colectivos humanos definidos a su vez por la especial situación de sus miembros individuales. Con estas afirmaciones parece que el autor pretende coger distancia de aquellas versiones expuestas en el capítulo 1 y que –según la interpretación que de ellas él mismo hacía– configuraban al hombre como sujeto de derechos no tanto en cuanto individuo como *en cuanto miembro* de agrupaciones sociales⁶⁸.

⁶⁵ CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 31.

⁶⁶ También concuerda con F. J. Contreras Peláez MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., pp. 99-100. Para este autor, «titular del derecho lo será la persona que objetivamente pertenezca a esa colectividad de acuerdo con ciertos elementos constatables que hacen *previsibles* ciertas carencias vitales». La cursiva es de la autora.

⁶⁷ Por su parte, G. Peces-Barba excluye expresamente esta posibilidad: a su juicio, la concreción de la persona «es la expresión de un proceso propio del mundo moderno y no una vuelta a la Edad Media, como los privilegios corporativos. En efecto hombre concreto y situado no supone otorgar derechos propios a una colectividad concreta, situada en el espacio y el tiempo histórico, como los habitantes de Londres amparados por la Carta Magna, sino de una especificación respecto al genérico hombre o ciudadano, pero con un carácter abstracto en el ámbito de estas categorías». PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 429.

⁶⁸ DE CASTRO CID, B. *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, cit., p. 25. Recuérdese a estos efectos que, cuando G. Burdeau describía estas visiones, señalaba que para ellas la legislación social se exigía por el beneficio que la *colectividad* podía obtener: el individuo era beneficiario de esta legislación, pero sólo *a través del grupo* al que pertenecía –cabría precisar: *de manera indirecta*–; de todos modos, recuérdese también que G. Burdeau también decía que para esta visión el individuo no dejaba de ser el fin último del derecho. BURDEAU, G. *Les libertés publiques*, cit., p. 7.

Y así, a menudo el mismo factor de la pertenencia al grupo se acaba reconduciendo al individuo, que sería el titular directo y último al que se pretende proteger con esta serie de derechos. En el fondo lo que se está defendiendo no es sino el individualismo ético, pero en ese temor por traspasar sus barreras la relevancia del factor grupal queda a veces minimizada y parece caerse en el individualismo metodológico. ¿Es eso conveniente? Recuérdese que, como señalara J. de Lucas, a menudo a los miembros de minorías se les niega o se les pone en riesgo de exclusión precisamente *con motivo* de esa condición⁶⁹. No es ya que los miembros de esos grupos o categorías suelen estar en una determinada situación, sino que esa situación resulta en buena parte *provocada* por la adscripción al grupo que, al considerarse fuera de los patrones de la “normalidad”, resulta excluido en el ámbito económico, social y cultural. Para M^a. J. Añón cabe hablar de una *discriminación de grupos* y que a menudo es sistemática: lo característico de ésta es que, aunque la sufra el individuo, lo hace por razón de su pertenencia –voluntaria o involuntaria– a un grupo que lo coloca en una posición de desventaja⁷⁰. De ello se hablará en el apartado II de este capítulo.

2. «Los derechos sociales protegerían sobre todo intereses y/o necesidades individuales»:

Otro de los argumentos a menudo planteados contra la identificación entre derechos sociales y derechos colectivos se centra en su objeto y lo reconduce o enuncia en términos eminentemente individuales. Sin embargo, existe cierta polémica. ¿Cuál es el objeto protegido por los derechos sociales? ¿Tiene naturaleza colectiva o individual?

(i) *El debate sobre los intereses colectivos o individuales protegidos por los derechos sociales*

Lo primero que cabe señalar antes de abordar la exposición de las principales respuestas académicas es que el mismo concepto de intereses colectivos no resulta unánime, como tampoco lo es el de intereses difusos, con el que el primero suele combinarse simultánea o alternativamente⁷¹. En principio, algunos autores aluden a la existencia de diferencias entre intereses colectivos y difusos según el grado de extensión y determinación del grupo afectado o de la existencia de una vinculación jurídica o simplemente fáctica entre los miembros del grupo⁷². Sin embargo, lo habitual es que los autores identifiquen ambas categorías⁷³.

⁶⁹ DE LUCAS, J. *El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, cit., p. 200.

⁷⁰ AÑÓN ROIG, M^a. J. *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*. México: Fontamara, 2001, pp. 31-33.

⁷¹ Como señala P. Gutiérrez de Cabiedes: «Suele hablarse, habitualmente, de intereses difusos y/o colectivos. En algunas ocasiones, se hace mención tan sólo a uno de esos términos y, en otras, se emplean ambos, de forma cumulativa o alternativa, y de modo indistinto –como sinónimos– o estableciéndose una diferenciación, con base, a su vez, en criterios nada homogéneos». GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1999, p. 99.

⁷² Así lo hace por ejemplo el propio P. Gutiérrez de Cabiedes: mientras que los intereses colectivos provendrían de un grupo determinado o determinable, cuyos miembros estaría vinculados jurídicamente entre sí o hacia un tercero, en los intereses difusos el grupo sería amplio e indeterminado –o muy difícilmente determinable– y no existiría tal vínculo jurídico entre sus miembros, cuyo nexos estaría formado por circunstancias fácticas o contingentes. Ídem, pp. 109-111 y 443.

En el capítulo 3 se ha visto cómo para algunos autores existe una conexión entre los intereses colectivos y los derechos colectivos, tanto desde la perspectiva de la titularidad como desde la perspectiva del bien protegido⁷⁴. Con respecto a los derechos sociales, recuérdese que F. Pergolesi consideraba que los derechos sociales tenían como fin primordial o inmediato la satisfacción de intereses colectivos y, sólo indirectamente, individuales⁷⁵. Esta característica podía según el autor repercutir en otros aspectos como la titularidad de esos derechos, su ejercicio o su estructura. También de las posiciones descritas por G. Burdeau se desprendería que la finalidad principal de la legislación social era la protección de los intereses de la comunidad, de la que se beneficiaba el individuo sólo en tanto que miembro suyo⁷⁶. En ese sentido, parece que de estas posiciones podrían desprenderse derechos colectivos.

Aun a pesar de que ni F. Pergolesi ni las posiciones expuestas por G. Burdeau nieguen que el fin último del Derecho en general o de estos derechos en particular sea la persona, muchos han tratado de separarse de sus tesis y, para ello, han hecho especialmente hincapié en la idea de que los derechos sociales defienden sobre todo intereses individuales. De nuevo M. Mazziotti aporta un argumento –opuesto a las dos tesis anteriores– que ha sido reproducido por otros autores del panorama académico español:

... ne deriva l'inesattezza dell'opinione che considera come sociali i diritti aventi per fine prevalente e immediato interessi collettivi e solo di riflesso individuali, e come diritti individuali quelli in cui tale rapporto s'inverte [...]. In realtà l'antitesi fra diritti individuali e diritti sociali, sotto questo profilo, non esiste; il diritto di un vecchio e di un invalido all'assistenza, per fare un esempio, ha come fine immediato la tutela dell'interesse individuale alla sussistenza e non già quella dell'interesse collettivo a che la categoria dei vecchi e degli invalidi non muoia d'inedia⁷⁷.

⁷³ Así lo hace SILGUEIRO ESTAGNAN, J. *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*. Madrid: Dykinson, 1995, p. 25. M^a. E. Rodríguez Palop, aun consciente de la existencia de diferencias entre ambas categorías, también decide identificarlas a efectos expositivos –como por otro lado, dice, hace la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia– al considerar que los derechos de cuarta generación pueden proteger tanto los unos como los otros según las circunstancias. RODRÍGUEZ PALOP, M^a. E. *La nueva generación de Derechos Humanos: origen y justificación*, cit., p. 177.

⁷⁴ Si se analizaba el concepto desde la perspectiva de la titularidad, se veía que según la teoría del interés podrían justificarse derechos de titularidad colectiva cuando un grupo o comunidad tuviera intereses colectivos irreducibles a los intereses de sus miembros, si éstos fueran lo suficientemente importantes –vid. supra, capítulo 3, apartado I.1–. De una manera similar, si se atendía a la concepción por el objeto protegido también se aludía a la existencia de intereses colectivos en cierto tipo de bienes, que para algunos podían exigir una titularidad colectiva: para activar el derecho colectivo, J. Raz hablaba de la necesidad de una acumulación de intereses de los individuos como miembros de un grupo en un bien colectivo; D. Réaume y J. Waldron señalaban que cuando se trata –respectivamente– de bienes participativos o comunales no cabría hablar de intereses individuales en ese bien, incluso si se aceptara que los únicos centros de conciencia son los individuos: el interés en estos casos sería *algo más*, tendría una naturaleza supraindividual que haría el derecho más propio del grupo que de los individuos que lo conforman. Ello no obstante, estas posturas han sido cuestionadas por otros autores por considerar que todo tipo de interés sería reducible a intereses individuales –desde las premisas del individualismo metodológico– o, simplemente, por entender que también pueden existir algunos intereses individuales en los bienes de producción y/o disfrute colectivos –en cuyo caso, la protección de esos bienes podría justificar una diversidad de derechos de titularidad individual o colectiva–. Vid. capítulo 3, apartado I.2.

⁷⁵ PERGOLES, F. *Alcuni lineamenti dei "Diritti sociali"*, cit., pp. 9-10.

⁷⁶ BURDEAU, G. *Les libertés publiques*, cit., p. 7.

⁷⁷ MAZZIOTTI, M. "Diritti sociali", cit., pp. 804 y ss.: «... se deriva la inexactitud de la opinión que considera como sociales los derechos que tienen por fin prevalente e inmediato intereses colectivos y sólo por reflejo individuales, y como derechos individuales aquellos en los que esa relación se invierte [...]. En realidad la antítesis entre derechos individuales y derechos sociales, bajo este perfil, no existe; el

Así pues, según este autor no existirían verdaderas diferencias entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos en este sentido, pues todos ellos responderían a los intereses de los individuos y no a los intereses colectivos del grupo o categoría. La subsistencia de colectivos vulnerables como los de, por ejemplo, las personas mayores o las personas con discapacidad no constituiría el objeto inmediato del derecho, sino la subsistencia individual de cada uno de sus miembros. Esta idea puede encontrarse en los mismos términos en autores como A. E. Pérez Luño o F. J. Contreras Peláez, por ejemplo⁷⁸. Y así: «Lo que queda claro es que los derechos sociales pivotan en torno a los individuos, quien vive en determinadas circunstancias, y no en torno a la colectividad o al grupo»⁷⁹.

Como se puede ver, este tipo de argumento se dirige a defender la tesis ya señalada en la sección anterior de que los derechos sociales serían derechos individuales o de titularidad individual por mucho que su sujeto esté situado: la relevancia otorgada al grupo no sería más que ese mecanismo para identificar mejor los *intereses personales* derivados de la concreta situación de cada individuo. De lo que se trata de es de proteger y tutelar los intereses *de los individuos* en el seno de sus situaciones concretas en la sociedad, precisa A. Garriga⁸⁰. De nuevo cabría apreciar la misma tendencia que ha motivado los interrogantes de la sección anterior. El bienestar del colectivo o la comunidad –dirían algunos autores señalados en el capítulo 3– puede tener un valor intrínseco, y ello aunque no se abandone la perspectiva del individualismo ético. Podría defenderse tal vez que ésa no es la intención buscada con la positivización de los derechos sociales, pero ello no impide considerar la conveniencia de una interpretación en ese sentido⁸¹.

De todos modos, éstos y otros autores no están rechazando del todo que en los derechos sociales puedan coexistir intereses colectivos e individuales. La cuestión para A. E. Pérez Luño es dejar claro que estos derechos no se dirigen *sólo* a defender intereses colectivos⁸² ni con ellos se pretende suplantar la tutela de intereses individuales por intereses colectivos o difusos⁸³. Es al hilo de estas consideraciones donde introduce el argumento proporcionado por M. Mazziotti, al que el autor añade su interpretación de G. Gurvitch: «De la misma definición de Gurvitch se desprende que estos derechos pueden satisfacer no tanto los intereses del grupo, sino los de los individuos que los componen»⁸⁴.

derecho de un viejo y el de un inválido [sic] a la asistencia, por poner un ejemplo, tiene como fin inmediato la tutela de los intereses individuales a la subsistencia y no ya de los intereses colectivos a que la categoría de los viejos o de los inválidos no mueran de inanición». El subrayado es de la autora.

⁷⁸ PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*, cit., p. 209; PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 86; CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 32.

⁷⁹ MARTÍNEZ DE PISON, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., p. 100.

⁸⁰ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. “Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento”, cit., p. 635.

⁸¹ Claro que, cuando de eso se trata, suelen aflorar las dudas en torno a posibles conflictos entre los intereses colectivos y los intereses individuales. Se ha hablado de este aspecto en el capítulo 3, apartado II.1.(iv) y se hará también un poco más en el capítulo 5, apartado II.2.

⁸² PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 86. De ello se hacen eco AÑÓN ROIG, M^a J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 66.

⁸³ PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*, cit., p. 209.

⁸⁴ Ídem, p. 209; PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 86.

Como este tipo de conclusiones se plantean para relativizar la radical oposición con los derechos civiles y políticos, en otros momentos el autor se permite enunciados sobre los derechos sociales de raíz menos individualista. Así, ha planteado que la generación de los derechos sociales se reconocería no ya para satisfacer necesidades individuales sino «en función del logro de intereses que rebasan la mera individualidad para proyectarse también hacia metas sociales y colectivas»⁸⁵.

Y es que, en la medida en que con estos derechos se estaría concibiendo al individuo inserto en determinadas agrupaciones, en las que actúa y desarrolla su existencia concreta, sus intereses no podrían marginarse por completo del bien colectivo: se hallarían, pues, relacionados⁸⁶. A estos efectos, cabría recordar aquí que, según exponía J. de Lucas, la especificidad del valor de la solidaridad como fundamento de derechos humanos consistía precisamente en considerar como propios los *intereses del grupo*, de lo que es de todos⁸⁷. Por lo tanto, si los derechos sociales se fundamentan parcialmente en el valor de la solidaridad no debería descartarse la coexistencia de intereses individuales y colectivos.

De todos modos, este debate se plantea a menudo en términos excesivamente amplios. Tratar de una manera dicotómica la cuestión de los intereses defendidos por una categoría de derechos aparentemente tan heterogénea como los derechos sociales puede no ser la mejor opción. En ese sentido, conviene detenerse un momento en la tipología de derechos propuesta por G. Jáuregui en función de la relación con los grupos⁸⁸ y que alude parcialmente a los fines o intereses en juego.

Para este autor, los *derechos individuales* –característicos de la primera generación, dice– defenderían exclusivamente intereses individuales. Sin embargo, eso cambiaría con los otros tres tipos de derechos apuntados, esto es, con los *derechos específicos de grupo*, los *derechos de grupo* y los *derechos colectivos stricto sensu*, en cuyos ejemplos –como se va viendo– pueden localizarse diversos derechos pertenecientes a la categoría de derechos sociales. En particular, los *derechos específicos de grupo* defenderían «intereses individuales en un ámbito colectivo concreto»⁸⁹. A los fines o intereses de los *derechos de grupo* el autor no se refiere explícitamente, aunque reflexiones anteriores llevan a pensar que los intereses por ellos protegidos superarían los de cada individuo e implicarían cierto protagonismo del grupo, sin llegar a justificar su atribución a un sujeto colectivo. Tan sólo con los *derechos colectivos* la naturaleza colectiva de tales intereses, bienes o fines sería tal que requeriría para el autor una titularidad y un ejercicio colectivos del derecho, como sería el caso –dice– de los derechos de los sindicatos o la negociación colectiva, por ejemplo⁹⁰.

De hecho, la cuestión de los intereses colectivos cobra bastante relevancia en el ámbito laboral –lo cual no resulta del todo extraño en tanto en cuanto a menudo los derechos sociales se han

⁸⁵ PÉREZ LUÑO, A. E. “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, cit., pp. 262-263.

⁸⁶ PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 96.

⁸⁷ Vid. supra, capítulo 2, apartado I.3. En otro lugar, este autor reconoce que «[l]a solidaridad cobra sentido como principio jurídico diferente de la igualdad precisamente cuando nos situamos ante intereses colectivos». DE LUCAS, J. “El reconocimiento de los derechos. ¿Un camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)”. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 1993, núm. 1, p. 273.

⁸⁸ Véase capítulo 3, apartado I.1.

⁸⁹ JÁUREGUI, G. “Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible”, cit., p. 57.

⁹⁰ *Ibidem*.

identificado, como ya se ha avanzado, con los “derechos de los trabajadores”⁹¹-. El origen y desarrollo de la disciplina del Derecho del trabajo se plantea desde la premisa básica de la protección del trabajador, cuya situación de inferioridad le impediría negociar sus condiciones de trabajo en igualdad de condiciones con el empresario o empleador. Para lograr este objetivo se han reconocido derechos que tutelan directamente a los trabajadores –e.g., salario mínimo, jornada máxima, vacaciones– y otros que les otorgan mecanismos de autotutela –e.g., libertad sindical, huelga y negociación colectiva–⁹².

Se ha dicho que estos tres últimos derechos lo que protegen directamente es la *autonomía colectiva*: su autoorganización, su autotutela y su autonormación. Lo anterior sería especialmente relevante en el caso de la negociación colectiva, cuyos efectos jurídicos se imponen frente a la libertad individual de cada trabajador dada la eficacia *erga omnes* del convenio colectivo en cuanto norma de mínimos⁹³. Por eso, la mayoría de la doctrina laboralista se ha aferrado a una visión ontologizadora y objetivista del interés colectivo atribuido a la clase trabajadora. Se parte de un interés colectivo, general e indivisible, que sería síntesis y no mera suma de los intereses individuales de los trabajadores⁹⁴. Recuérdese, a estos efectos, la importancia que la «conciencia de clase» tuvo para el movimiento obrero que reivindicó buena parte de los derechos sociales⁹⁵. Otros autores, sin embargo, han rechazado esta idea señalando que ese interés colectivo sería reducible a intereses individuales de los miembros del grupo y que, por lo tanto, el interés resultante no sería colectivo sino simplemente común⁹⁶. Para R. Balzarini, por ejemplo, con los derechos de los grupos lo que se pretende es salvaguardar los derechos del sujeto individual; la libertad sindical no defendería

⁹¹ Se trata ésta de otra asociación reduccionista de la categoría, especialmente vinculada a su origen histórico pero hoy en día poco correcta: no sólo los derechos sociales no se reducen a los derechos en el ámbito laboral, sino que tampoco –y es aquí donde se centra esa identificación– constituyen actualmente derechos marcados por un sesgo de clase (*class bias*) que los haría propios de la “clase obrera”. Entre los autores que identifican los derechos sociales con los derechos de los trabajadores cabe destacar, por ejemplo, al mismo G. Burdeau: «... c’est le travailleur qui est devenu sujet des droits et ces droits ne sont plus exactement les mêmes que ceux que la pensée politique contemporaine du XVIII^e siècle attribuait à l’Homme» («...es el trabajador quien se ha convertido en el sujeto de los derechos y éstos no son ya exactamente los mismos que aquéllos que el pensamiento político contemporáneo del siglo XVIII atribuía al Hombre»). BURDEAU, G. *Les libertés publiques*, cit., p. 18. También A. Giddens se ha referido al *class bias* propio de los derechos sociales en GIDDENS, A. *Profiles, Critiques and Social Theory*. Londres: Mac Millan, 1982, p. 172. En contra de las posiciones que atribuyen los derechos sociales a los trabajadores pueden citarse, por ejemplo, DE CASTRO CID, B. “Los derechos sociales: análisis sistemático”, cit., pp. 14-15; CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 32-41; LAPORTA, F. J. “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, cit., pp. 303-304.

⁹² Así lo describe GARCÍA AMADO, J. A. “El individuo y los grupos en el derecho laboral. Los dilemas del vínculo social”. En: AÑÓN ROIG, M^a. J. et al. *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 417-418. De ello se hace eco también GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 49.

⁹³ Ídem, pp. 418-419. Y es que: «De nada sirve el convenio que no vincule al trabajador individual, pues este trabajador individual no vinculado estaría a merced enteramente de la oferta contractual del empresario». Ídem, p. 426.

⁹⁴ Ídem, pp. 428-429. Un análisis de estas cuestiones puede localizarse en CARUSO, B. *Rappresentanza sindacale e consenso*. Milán: Franco Angeli, 1992, pp. 113 y ss.

⁹⁵ Véase capítulo 2, apartado II.

⁹⁶ GARCÍA AMADO, J. A. “El individuo y los grupos en el derecho laboral. Los dilemas del vínculo social”, cit., p. 430.

la autonomía del grupo como unidad, sino la organización en el grupo y, en ese sentido, consistiría en el derecho individual a participar en esa organización⁹⁷.

De hecho, actualmente suele cuestionarse la propia homogeneidad de los intereses de los trabajadores y más todavía la referida «conciencia de clase». Hoy en día –se dice–, la misma categoría de trabajador asalariado encerraría dentro de sí realidades tan diferentes que sus miembros difícilmente podrían adoptar un punto de vista común: trabajadores especializados y no especializados, en el sector público y en el sector privado, a tiempo completo y a tiempo parcial, temporales e indefinidos, directivos y clases medias profesionales, etc.⁹⁸

Lo anterior no obsta, sin embargo, a que puedan seguir existiendo intereses comunes o colectivos en una escala más reducida. Aún así, el propio Tribunal Constitucional en su interpretación del derecho fundamental a la huelga lo ha defendido como un instrumento de presión «necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos»⁹⁹.

Se ve por lo tanto que la cuestión en torno a los derechos sociales y su conexión con los intereses colectivos es polémica aunque, de manera general, pueda decirse que como tal *categoría* no se limitaría a defender exclusivamente intereses colectivos.

Cuando G. Pisarello aborda el objeto protegido por los derechos sociales, también lo hace con el ánimo de relativizar las diferencias entre esta categoría y los derechos civiles y políticos. Sin embargo, en su caso no se limita sólo a individualizar el objeto de los derechos sociales sino, también, a “colectivizar” el de los derechos civiles y políticos. En otras palabras, para G. Pisarello todas estas categorías de derechos protegerían «bienes jurídicos cuya incidencia es, a la vez, individualizable y colectiva»¹⁰⁰. Ciertamente es que este autor no se centra en si los derechos en cuestión protegen bienes colectivos, participativos o comunales, sino en los efectos generados por la lesión del bien y el tipo de conducta debida para su reparación. A estos efectos, señala que la afectación de la salud, la educación o el entorno habitacional puede generar no sólo daños individuales, sino también colectivos; en consecuencia, su reparación podría exigir intervenciones puntuales dirigidas a una persona, o bien actuaciones complejas orientadas a solucionar la situación de grupos amplios de afectados. Así ocurriría, señala, con

⁹⁷ BALZARINI, R. *Studi di diritto del lavoro*. Milán: Giuffrè, 1968, pp. 301-304.

⁹⁸ GARCÍA AMADO, J. A. “El individuo y los grupos en el derecho laboral. Los dilemas del vínculo social”, cit., pp. 423-424; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M^a O. *La huelga ante el Derecho: conflictos, valores y normas*. Madrid: Dykinson, 1997, pp. 30-31. Según señala esta última autora, la conciencia de clase habría dejado de vivirse como sentimiento de pertenencia y destino colectivo para percibirse como limitaciones en oportunidades surgidas de diversas fuentes y que se personalizarían; además, esa situación de clase ya no se viviría como una experiencia para toda la vida en aquellos países donde existe movilidad social (especialmente pensando en los descendientes). Los problemas laborales de las mujeres –continúa– casi nunca coincidirían con los límites de clase y, hoy en día, las clases más desfavorecidas no tenderían a ser los trabajadores sino quienes se encuentran excluidos del mercado laboral. *Ibidem*.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981, de 8 de abril (fundamento jurídico 9). En otro momento, en relación con las huelgas de solidaridad, el Tribunal llega a extender la referencia que hacía el Real Decreto-Ley 17/1977 a la existencia de un «interés profesional directo» a los intereses indirectos y precisa que el adjetivo profesional ha de entenderse referido a los «intereses que afectan a los trabajadores en cuanto tales» y no sólo en cuanto miembros de una categoría laboral específica (fundamento jurídico 21).

¹⁰⁰ PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, cit., pp. 72-73.

derechos individuales como la libertad de expresión, cuya vulneración del bien protegido puede no sólo afectar a una persona sino también a «la calidad y el carácter plural e informado de la esfera pública en su conjunto»¹⁰¹. Ahora bien, el argumento de la bidireccionalidad podría matizarse recordando lo señalado por J. de Lucas en relación con los derechos amparados en la solidaridad: pues –dice– «si se ponen en juego bienes e intereses de carácter colectivo, para garantizarlos frente a agresiones no se puede arrancar de la óptica tradicional de la lesión individualizada»¹⁰².

Al hilo de las reflexiones de G. Pisarello cabría considerar la diferenciación que, desde una perspectiva procesal, P. Gutiérrez de Cabiedes propone entre *intereses supraindividuales –i.e., colectivos y difusos–* e *intereses individuales homogéneos*. Para este autor, este último tipo habría sido habitualmente confundido con los intereses colectivos y difusos, cuando –a su juicio– se trataría de situaciones diferentes.

- El *interés supraindividual* se desprendería cuando una comunidad de sujetos se encontrase en idéntica posición respecto de un *bien colectivo* y se viese afectada de forma unitaria por un determinado acto perjudicial para todos; ese interés sería de todos y cada uno de ellos, por el hecho de ser miembros del grupo afectado.
- En cambio, los *intereses individuales homogéneos* surgirían cuando a una pluralidad de personas se les lesiona por unos mismos hechos o actos un *bien individual*. En estos casos, los intereses serían individuales, pero al tener un contenido relativamente homogéneo e involucrar a muchas personas, el conflicto adquiriría cierta relevancia o alcance colectivo¹⁰³.

Podría pensarse que en argumentaciones de G. Pisarello cabrían las dos situaciones, ya que no resultan lo suficientemente específicas. Pero, en cualquier caso, recuérdese para J. Raz, D. Réaume o J. Waldron lo que caracteriza la noción de derecho colectivo es precisamente la vinculación con un bien colectivo, participativo o comunal –respectivamente–. En ese sentido, aunque esta distinción no es frecuente entre los autores, no deja de tener interés para la presente investigación.

Por otro lado, parece que en el argumento de G. Pisarello –al menos, en lo que al ejemplo de la libertad de expresión se refiere– se alude no ya tanto al interés de un grupo o colectividad concretos sino al interés general de la comunidad en su conjunto. Este autor no es el único que defiende la relevancia de los derechos individuales en el interés general. Que los derechos individuales están vinculados con bienes colectivos e incluso con el bienestar general o el bien común ya lo señala por ejemplo J. Raz. Este autor define la noción de bien común a la manera de los bienes colectivos, en tanto que se trataría de bienes que en una comunidad dada sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente¹⁰⁴. Pues bien, no sólo los derechos civiles y políticos contribuirían al bien común

¹⁰¹ Ídem, p. 73.

¹⁰² Sobre las garantías para reivindicar los derechos sociales se hablará en el apartado **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**3 de este capítulo. DE LUCAS, J. “El reconocimiento de los derechos. ¿Un camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)”, cit., p. 274.

¹⁰³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, cit., pp. 110-111 y 443. Para la distinción entre intereses colectivos y difusos, véase nota al pie 72.

¹⁰⁴ RAZ, J. *La ética en el ámbito público*. Melon, M^a. L. (trad.). Barcelona: Gedisa, 2001, p. 65.

–señala J. Raz– sino que incluso esta función resultaría más importante para los individuos titulares que el propio ejercicio de sus derechos. Y así, su verdadero valor residiría en su contribución a una cultura liberal común, que serviría a los intereses de los miembros de la comunidad: interés individual y bienestar públicos se relacionarían de manera estable y segura¹⁰⁵. Para el autor, esta argumentación cabría extenderla a todos los derechos, aunque la importancia de su contribución al bien común para justificar su protección variase en cada caso¹⁰⁶.

(ii) ¿Necesidades individuales o necesidades colectivas?

A veces, las referencias al objeto protegido por los derechos sociales y su fundamentación remiten al discurso de las necesidades. Aunque normalmente las teorías de las necesidades diferencian éstas de las preferencias, los deseos o los intereses, en tanto que las primeras no serían intencionales¹⁰⁷, cabría precisamente considerar la noción de necesidades como una manera de *objetivar* el interés del sujeto¹⁰⁸. Pues bien, como se ha visto en el capítulo 2 y también en el apartado I.1 de este capítulo, numerosos autores otorgan un importante papel a los derechos sociales a la hora de satisfacer las necesidades, para lo cual se tendría en cuenta su concreta situación social o adscripción a un determinado grupo. Para F. J. Contreras Peláez, precisamente, la finalidad orientada a la satisfacción de las necesidades básicas sería uno de los rasgos diferenciadores de esta categoría de derechos¹⁰⁹, aunque otros autores hayan elaborado teorías donde las necesidades permiten precisamente fundamentar o completar el fundamento de *cualquier* tipo de derechos, como sería el caso –entre muchos otros– de L. L. Hierro¹¹⁰ o A. E. Pérez Luño¹¹¹.

¹⁰⁵ Ídem, pp. 66-68. «El argumento tiene dos fases. La primera establece que la protección de los derechos civiles y políticos individuales sirve al bien común. La segunda demuestra que el bien común a cuyo servicio se encuentran tales derechos resulta, en la mayoría de los casos, más importante para los individuos que el goce de sus propios derechos civiles y políticos, y por lo tanto que la jerarquía que se asigna a los derechos en las democracias liberales se debe a su contribución al bien común». Ídem, p. 66.

¹⁰⁶ Ídem, p. 409. Podría decirse que este tipo de argumentos se acercan a determinadas concepciones de la dimensión objetiva de los derechos, en especial aquéllas que inciden en los derechos como instituciones.

¹⁰⁷ Así, por ejemplo, AÑÓN ROIG, M^a J. *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, cit., p. 31.

¹⁰⁸ Para L. L. Hierro, con la idea de necesidad se pretende señalar el aspecto objetivo u objetivado del interés o deseo que se trata de satisfacer, relegando el papel subjetivo de la voluntad o interés. HIERRO, L. L. “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”, cit., p. 53. También se plantea esta posibilidad J. C. Bayón. Este autor recuerda que hay cosas que *interesan* al agente aunque éste no *se interese* por ellas, lo que le anima a diferenciar entre intereses reales u objetivos –donde podrían en principio ubicarse las necesidades– e intereses subjetivos. BAYÓN MOHINO, J. C. *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 115-116.

¹⁰⁹ CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 41-42. Así, los derechos sociales para él constituirían «aquellos derechos en que se concreta, mediante diversos tipos de prestaciones, la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades básicas del individuo». Ídem, p. 47.

¹¹⁰ «... tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso; consecuentemente, tener un derecho es, jurídicamente hablando, tener una necesidad que las normas del sistema jurídico exigen satisfacer en todo caso». HIERRO, L. L. “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”, cit., p. 57.

Para F. J. Contreras Peláez, la vinculación entre las necesidades y los derechos sociales sería precisamente uno de los motivos que impiden que estos últimos puedan ser derechos de titularidad colectiva. Y es que, como ya se avanzó, para el autor no existen *necesidades grupales*, en tanto que las necesidades serían un «fenómeno estrictamente individual»¹¹²: sólo metafóricamente –refuerza– se podría hablar de necesidades de una clase social o de un pueblo¹¹³. Recuérdese a estos efectos que la adscripción al grupo constituiría un criterio que hace presuponer la existencia de determinadas necesidades individuales y, así, modular el derecho genérico a la asistencia según los distintos contextos¹¹⁴. Para él, lo importante a la hora de determinar la titularidad de los derechos no sería cómo se satisface la necesidad sino quién la experimenta, puesto que reconoce que las necesidades serían *sentidas* individualmente aunque *satisfechas* socialmente. Para terminar de reconducir sus conclusiones, el autor afirma lo siguiente: «Los derechos sociales, en suma, intentan asegurar el disfrute *individual* mediante la colaboración y la solidaridad *colectivas*»¹¹⁵.

Esta posición ha sido muy criticada por B. de Castro Cid, para quien afirmar que los grupos como tales no experimentan ni tienen necesidades propias y exclusivas «resulta ya demasiado fuerte», en tanto que le parece un enunciado manifiestamente contrafáctico¹¹⁶. Para J. de Lucas también existen algunas necesidades que no son estrictamente individuales y cuya falta de satisfacción genera un daño grave en la dignidad y autonomía individual, esto es, necesidades susceptibles de justificar derechos. Según este autor, esas necesidades han quedado excluidas del catálogo habitual (liberal) de necesidades básicas, conformado exclusivamente por aquéllas de naturaleza individual. En sus propias palabras:

... la mayor parte de los representantes del planteamiento liberal soslayan, cuando no simplemente niegan, la consideración como necesidades básicas, como bienes primarios, de otras diferentes de las individuales. Eso se advierte con claridad en dos tipos de necesidades, de bienes primarios, que son [...] la cultura, entendida como identidad cultural, y la

¹¹¹ «Al situar en las necesidades o exigencias radicales de la naturaleza humana el fundamento antropológico de los derechos humanos, y al cifrar en el consenso su legitimación, las coordinadas teóricas en que hoy se mueve el iusnaturalismo crítico propician el condicionamiento mutuo y la coimplicación entre libertades y derechos sociales. Porque la superación del hambre, la enfermedad, la indigencia, el paro y la ignorancia supone satisfacer necesidades radicales que actúan como *prius* para la satisfacción efectiva de otras necesidades, no menos radicales, cuales son las que emanan de las diferentes manifestaciones de las libertades personales, civiles y políticas». PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 207-208. Este autor, como señala J. A. Rodríguez-Toubes, combina una teoría consensual de la verdad con la teoría de las necesidades radicales. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. *La razón de los derechos*, cit., p. 181.

¹¹² CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 31.

¹¹³ «El “hambre de Somalia” –dice este autor– se resuelve en siete millones de (espantosas) hambres individuales». *Ibidem*.

¹¹⁴ De acuerdo con él, J. Martínez de Pisón mantenía que la pertenencia a la colectividad hace previsibles ciertas carencias vitales. MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., p. 99.

¹¹⁵ CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 31.

¹¹⁶ El autor prosigue: «Tal vez por eso, se las ve y se las desea para salir de la paradoja en que le ha metido su simultánea adhesión a las tesis de la titularidad individual y del sentido comunitario de los derechos sociales, de modo que, al final, opta por romper el nudo con esta especie de espada salomónica: “Los derechos sociales, en suma, intentan asegurar el disfrute *individual* mediante la colaboración y la solidaridad *colectivas*”». DE CASTRO CID, B. “Caracterización y fundamentación de los derechos sociales: reflexiones sobre un libro de F.J. Contreras”, cit., p. 682.

autodeterminación¹¹⁷.

Ahora bien, ante el riesgo de malentendidos, el autor aclara que la necesidad que justifica este derecho no responde a la defensa de supuestas esencias colectivas o identidades metafísicas¹¹⁸; a su juicio, la clave de lectura de esa necesidad sería precisamente el pluralismo y la autonomía o, más bien, la igualdad en el pluralismo. Pero ello comporta una dimensión cuya *satisfacción* va más allá de las medidas encaminadas a la superación de la discriminación injusta¹¹⁹.

Desde luego, la cuestión no es pacífica. Para M^a. J. Añón, una necesidad constituye una situación o estado de dependencia *predicado siempre de una persona*, que tiene un carácter insoslayable para ella. Sería insoslayable porque su carencia le generaría un sufrimiento o daño grave, el cual se mantendría hasta que la necesidad quedara satisfecha al no existir alternativa racional y práctica a la satisfacción para evitarlo¹²⁰. La intersección estos elementos, señala la autora, remite a la idea de que se está en presencia de un bien no negociable o de una situación en circunstancias no negociables que no apuntan a ninguna otra alternativa real¹²¹. Ahora bien, una cosa sería la necesidad y otra sus modos de satisfacción u objetos a los que van dirigidas, puesto que las necesidades no constituirían una situación en relación a un objeto sino, más bien, una mediación entre el objeto y la necesidad a través de la acción humana¹²².

Por lo tanto, de esta definición se desprende que los sujetos de la necesidad no pueden ser otros que los individuos, como ella misma afirma en otro momento. No obstante, a su juicio ello no supondría caer en una concepción individualista de esta noción, en tanto que la conciencia sobre las necesidades se desarrolla en un medio social dado, de una parte, y que la satisfacción de las necesidades no puede tener lugar sin el contexto social, de otra¹²³.

Los seres humanos como individuos desarrollan su conciencia sobre las necesidades en un medio social dado y, gran parte de ellas se satisfacen a través de ese medio social, pero las necesidades

¹¹⁷ DE LUCAS, J. "Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos", cit., pp. 164-165.

¹¹⁸ En este sentido, recuérdese la preocupación mostrada en REY PÉREZ, J. L. "La naturaleza de los derechos sociales", cit., p. 150.

¹¹⁹ DE LUCAS, J. "Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos", cit., p. 165.

¹²⁰ AÑÓN ROIG, M^a J. *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, cit., p. 193. Así pues, el sufrimiento o daño concurre con la «insoslayabilidad» y la ausencia de una situación alternativa o sustitutiva acorde con una previsión lo más realista posible.

¹²¹ La definición en sus propias palabras es la siguiente: «Una necesidad es una situación o estado de dependencia, predicado siempre de una persona que tiene un carácter insoslayable, puesto que experimenta un sufrimiento o un daño grave, y dicha situación va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, porque no existe una alternativa racional y práctica que no sea su satisfacción, realización o cumplimiento». *Ibidem*.

¹²² *Ídem*, p. 191. La distinción entre necesidades y sus "satisfactores" está bastante extendida entre los autores que se han dedicado a las teorías de las necesidades, como afirma S. Ribotta. De todas maneras, cabe señalar que para esta autora se dan ocasiones en que la necesidad sólo puede cubrirse con un satisfactor determinado sin producir daño en la vida o la salud de las personas, en cuyo caso nos hallaríamos ante «necesidades derivadas del satisfactor adecuado». Éstas se separarían conceptualmente de las «necesidades derivadas del satisfactor preferido», que obedecerían a actos de voluntad y de socialización y cuya carencia no produciría un daño en el resto del equilibrio de las necesidades básicas aunque sí una ausencia de beneficio o bienestar. RIBOTTA, S. "Necesidades, igualdad y justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas". *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 2011, núm. 24, pp. 275 y 283.

¹²³ AÑÓN ROIG, M^a J. *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, cit., pp. 192-193.

no pueden reflejarse o articularse si no es desde el individuo¹²⁴.

3. «El ejercicio y la defensa de los derechos sociales, a veces, son colectivos, pero eso no afecta a la titularidad»:

Cuando los diferentes autores analizan la categoría de los derechos sociales, muchas veces se hace alusión a la cuestión del ejercicio de estos derechos. Y es que, como se ha visto, en ocasiones la referencia al ejercicio colectivo es la que remite a la consideración de los derechos como derechos colectivos, bien porque ésa es la definición que se aplica a la categoría o porque se da a entender que un derecho que cobra *sentido* mediante su ejercicio colectivo sólo puede ser atribuido al grupo¹²⁵. Frente a estas dos últimas posiciones, otros autores han acudido a la distinción entre titularidad y ejercicio para *relativizar* los debates sobre la vinculación entre derechos sociales y derechos colectivos, de una parte, y sobre la existencia de diferencias radicales entre los derechos sociales y otras categorías de derechos, de otra¹²⁶.

Esta distinción entre titularidad y ejercicio no siempre resulta fácil, aunque es moneda corriente en algunos sectores doctrinales como el Derecho constitucional y, sobre todo, el Derecho privado. En cualquier caso, ni su utilización en general ni su concreta puesta en práctica son unánimes, lo que incrementa el grado de confusión.

Según algunas de estas reflexiones, existirían derechos sociales de ejercicio colectivo, pero ello no tendría por qué convertirlos en derechos colectivos, al no estar vinculado necesariamente el ejercicio colectivo con la titularidad ni con la noción estándar de derecho colectivo. Además, este ejercicio colectivo tampoco supondría una novedad con relación a otras categorías de derechos.

(i) *Algunos interrogantes*

Pero, como se ha dicho, las diferencias entre titularidad, ejercicio y legitimación no siempre son nítidas, incluso cuando los autores separan ambas nociones. No es extraño que los términos se utilicen indistintamente o que, al hilo de la exposición, no termine de explicitarse el nexo entre unos conceptos y otros.

Para empezar, cabe señalar que en ocasiones la concreción de la persona señalada en el apartado I.1 anterior parece remitirse no tanto a la titularidad como al ejercicio del derecho en cuestión. Por ejemplo, hay autores de Derecho constitucional según quienes algunas concreciones del titular a las que se ha aludido antes no condicionarían la titularidad de los derechos fundamentales, sino más bien su ejercicio. Y ello porque –dicen–: «... el contenido subjetivo de los derechos en los que se pretenden estos condicionantes no se reduciría a las facultades cuyo ejercicio no es posible sin su presencia»¹²⁷.

¹²⁴ Ídem, p. 193.

¹²⁵ Véase capítulo 3, apartado I.1.

¹²⁶ Cabe señalar sin embargo, como se vio en el capítulo 1, que también algunos autores que consideran los derechos de ejercicio colectivo como derechos colectivos aplican la distinción entre titularidad y ejercicio.

¹²⁷ BASTIDA FREIJEDO, F. J. *et al. Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 86. «En contra de lo que se ha sostenido por un sector de la doctrina, la CE de 1978 únicamente contempla la nacionalidad como un condicionamiento (personal) de

En estos casos se está partiendo de la idea de que existen derechos fundamentales complejos: éstos albergarían en su contenido subjetivo un haz de facultades o posiciones jurídicas atribuidas a su titular¹²⁸, algunas de las cuales estarían residenciadas en un sujeto situado y otras en un sujeto abstracto. Ello, según afirman algunos autores, afectaría al concreto *ejercicio* de alguna de esas facultades, pero no a la titularidad del derecho fundamental en sentido amplio, al derecho como un todo. Esta idea resulta sin duda interesante, pero ¿es realmente aplicable a todos los *derechos específicos de grupo* señalados en la sección anterior?¹²⁹ Parece tratarse de una cuestión de perspectiva, de si se está hablando del derecho como un todo o de cada una de las posiciones jurídicas en que una norma jurídica podría desglosarse.

Otra muestra de cómo los autores interrelacionan los conceptos la representa A. E. Pérez Luño. Para éste, como ya se ha visto, la evolución de los derechos humanos había dado pie a la sucesiva ampliación de contextos, supuestos y condiciones que inciden en la *titularidad* de esos derechos. Pues bien, añade a continuación que la mutación habría operado sobre los presupuestos y objetivos que delimitan el *ejercicio* de esa titularidad, aludiendo entonces a la persona situada en los contextos en que operan los grupos¹³⁰.

También son ilustrativas las posturas de N. López Calera y L. Prieto Sanchís al respecto. En su análisis de los derechos colectivos, el primero de ellos parece atribuir inicialmente esta condición en función tanto de la *titularidad* como del *ejercicio* de los derechos al estilo de J. Rivero¹³¹; sin embargo, ni de sus consideraciones ni de su aplicación práctica se deduce una

la titularidad de los derechos fundamentales, no siéndolo la presencia de otras condiciones personales como la de docente [art. 20.1.d) CE] o trabajador (art. 28 CE). Éstas [...] sólo condicionan su ejercicio, dado que el contenido subjetivo de los derechos en que se pretenden estos condicionantes no se reduce a las facultades cuyo ejercicio no es posible sin su presencia. Piénsese, por ejemplo, que el derecho de huelga también garantiza el derecho a celebrar un contrato de trabajo en el que se limite o condicione constitucionalmente ese mecanismo de presión laboral [...]».

¹²⁸ Ídem, p. 94. Se trata de una posición inspirada en la enunciada por R. Alexy con los derechos fundamentales como un todo. ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Bernal Pulido, C. (trad.). 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 240-241. A menudo se ha utilizado esta idea para defender que los derechos sociales no pueden reducirse a derechos prestacionales, sino que serían “derechos-racimo”. Véase a estos efectos, por ejemplo, LAPORTA, F. J. “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, cit., p. 300. Por ejemplo, el derecho a la protección de la salud no supondría sólo el derecho a prestaciones sanitarias, sino que incluiría también derechos relacionados con la salubridad pública y el derecho de toda persona a que su salud no se vea amenazada o dañada por acciones externas realizadas por cualquier sujeto público o privado. LEMA AÑÓN, C. *Salud, justicia, derechos: el derecho a la salud como derecho social*. Madrid: Dykinson; Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 2009, p. 44.

¹²⁹ El análisis de estos autores se queda a medias al no considerar como derechos fundamentales los principios de la política económica y social donde se localizarían en nuestra constitución la mayoría de estos derechos. Siguiendo su argumento, los “condicionantes” que estuvieran presentes en todas las facultades o posiciones del contenido subjetivo del derecho fundamental ¿sí afectarían a la titularidad y no sólo al ejercicio –e.g., derechos de los niños, de las mujeres o de las personas con discapacidad–?

¹³⁰ PÉREZ LUÑO, A. E. “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, cit., pp. 262-263. Algunos autores han interpretado que, cuando A. E. Pérez Luño alude a esa persona situada como sujeto titular de los derechos sociales, lo que quiere decir es que «no puede hablarse de derechos colectivos sino de derechos individuales de ejercicio colectivo». Véase RODRÍGUEZ PALOP, Mª. E. “Antonio Enrique Pérez Luño: La tercera generación de derechos humanos, Aranzadi, Navarra, 2006, 315 pp.” *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 2007, núm. 16, p. 282.

¹³¹ Así parece deducirse de sus reflexiones en LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad*

separación nítida entre tales conceptos: así, en un momento de su obra atribuye expresamente la condición de derechos colectivos a determinados derechos de sujetos colectivos –*e.g.*, relacionados con los sindicatos, la huelga y la negociación colectiva– «cuyo ejercicio resulta difícil de imaginar como no sea ejercido de manera colectiva»¹³² o, más adelante, cuyo «titular no puede ser sino un sujeto colectivo»¹³³. También L. Prieto Sanchís destaca, en el marco de sus consideraciones en torno a la *titularidad* de los derechos fundamentales una lista de derechos que serían «por naturaleza colectivos, [...] es decir, aquellos cuyo ejercicio sólo tiene sentido cuando se realiza por un grupo de personas»¹³⁴: de esa lista se extraen derechos de asociaciones, grupos y sindicatos.

Por otro lado, no pueden olvidarse aquellas posturas que directamente han identificado el concepto de derechos subjetivos a la existencia de una acción procesal mediante la que poder reivindicarlos¹³⁵.

A pesar de estas ambigüedades y dificultades, como se viene diciendo, numerosos autores han tratado de delimitar *expresamente* estas nociones. Desde el Derecho constitucional –pero también entre algunos filósofos del Derecho–, tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional suelen diferenciar entre la titularidad, el ejercicio y la legitimación.

Para empezar, G. Rosado Iglesias matiza que titularidad constituye uno de esos conceptos aparentemente claros, cuyo significado se considera comúnmente aceptado, y que sin embargo carece de una definición precisa. Intuitivamente –dice–, la expresión remite a la determinación de los sujetos que tienen esos derechos, pero de esta expresión no cabría deducir una definición general sobre *qué implica* exactamente la titularidad de los derechos fundamentales¹³⁶. Según señalan F. J. Bastida Freijedo *et al.*, la titularidad de los derechos fundamentales hace referencia a la concreta atribución de un derecho fundamental que el ordenamiento ha realizado a favor de un individuo, generando con ello las diversas posiciones jurídicas en las que éste se encuentra en relación con el poder público y con los demás particulares¹³⁷. Pues bien, sostiene G. Rosado Iglesias, la titularidad está relacionada con el ejercicio y la defensa procesal del derecho, pero no se identifica con ellas:

Desde esta perspectiva, el reconocimiento de un derecho fundamental a favor de un individuo permite, en principio, a dicho individuo ejercer las facultades que tal derecho otorga (el contenido material del derecho), y protegerlo, defenderlo, en el supuesto de que sea vulnerado.

[...]

Antes de nada, conviene señalar que esta relación entre conceptos no implica equivalencia. Aunque la titularidad despliegue efectos en la doble dimensión citada (el ejercicio y la defensa del derecho), no se identifica con ninguna de ellas. De hecho [...], cabe la posibilidad de que el titular del derecho (dadas determinadas circunstancias o faltando ciertas condiciones) vea

y socialidad en la teoría de los derechos, cit., pp. 103-105.

¹³² LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, cit., p. 40.

¹³³ Ídem, p. 47.

¹³⁴ PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios de derechos fundamentales*, cit., p. 123.

¹³⁵ El ejemplo al que a menudo se recurre es el de H. Kelsen. A estos efectos, ya se ha visto en el capítulo 3, apartado II.1.(iv) que, según otros autores, la anterior concepción incurriría en una confusión entre derechos subjetivos y garantías.

¹³⁶ ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., p. 38.

¹³⁷ BASTIDA FREIJEDO, F. J. *et al. Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit., p. 84.

restringidas (o incluso anuladas) tanto sus facultades de ejercicio como de protección del derecho, sin que por ello la titularidad, en sí misma, sea puesta en entredicho¹³⁸.

Así pues, la titularidad tiene efectos tanto en el *ejercicio* de los derechos como en su *defensa*, pero, según esta autora –y siguiendo a F. Ferrara– la noción del sujeto sería una categoría *a priori* del Derecho: la determinación de los titulares sería por tanto algo previo, formaría parte de la definición del derecho mismo¹³⁹.

(ii) *La titularidad y el ejercicio*

De este modo, la titularidad y el ejercicio serían realidades diferenciables, como lo son en el Derecho privado la capacidad jurídica y la capacidad de obrar¹⁴⁰. Junto a la titularidad –dicen algunos– cabría hablar de una «capacidad de obrar iusfundamental», cuando el titular de un derecho reúne las condiciones exigidas para poner en práctica las concretas facultades que integran el contenido subjetivo del derecho¹⁴¹. Tradicionalmente, esta capacidad ha dependido de la *autonomía* del sujeto titular, lo que ha impulsado la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales a categorías o grupos cuya autonomía ha sido puesta en duda –e.g., los niños o las personas con discapacidad–; desde estas premisas, tal limitación puede ser completada mediante la institución de la representación si de este modo se satisface el interés del titular¹⁴². Este tipo de separación entre titularidad y ejercicio ha sido avalada por nuestro Tribunal Constitucional en sus Sentencias núm. 141/2000 de 29 de mayo (fundamento jurídico 5) y núm. 154/2002, de 18 de julio (fundamento jurídico 9)¹⁴³, por citar algunos ejemplos, aunque no está exenta de críticas¹⁴⁴.

¹³⁸ ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., pp. 42-43. El subrayado es de la autora.

¹³⁹ Ídem, p. 43.

¹⁴⁰ Ídem, pp. 48-50.

¹⁴¹ BASTIDA FREIJEDO, F. J. *et al. Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit., p. 86.

¹⁴² Ídem, pp. 85-86. Otros supuestos de limitación del ejercicio de determinados derechos fundamentales son los extranjeros y las relaciones de especial sujeción, por ejemplo. Según G. Rosado Iglesias, el ejercicio de los derechos está sujeto a la concurrencia o ausencia de ciertas condiciones que dependen de la realidad de cada individuo, como su edad, estado civil, situaciones de incapacitación, condenas accesorias concretas, etc. Siguiendo un argumento de J. Castán Tobeñas, la capacidad de obrar sería contingente y variable, requeriría «inteligencia y voluntad (conciencia actual)» y, como esas condiciones no existirían en todos los hombres en el mismo grado, a veces la ley la niega o la condiciona. ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., p. 50.

¹⁴³ En particular, la Sentencia núm. 141/2000, de 29 de mayo, señala lo siguiente: «Desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar [...]» (fundamento jurídico 5). Como se ve, en este caso se reconoce la diferencia entre titularidad y ejercicio pero no se limita absolutamente este último, tan sólo se modula en función de la madurez del menor.

¹⁴⁴ Sobre la problemática de la autonomía en relación con el reconocimiento de derechos a los grupos vulnerables, véase BARRANCO AVILÉS, M^a. C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit., pp. 93-106, donde se critica el análisis de la autonomía desde los parámetros de una supuesta “normalidad” cuya definición sería, en realidad, una cuestión de poder y respondería a unos parámetros en absoluto neutrales. La utilización del expediente de la separación entre titularidad y ejercicio con los

Pero la separación entre titularidad y ejercicio no está sólo relacionada con estos supuestos de limitación del goce del derecho sino también –y en lo que ahora más interesa– en la manera –individual o colectiva– de disfrutar el derecho, de ponerlo en práctica. Esto que se está diciendo iría más allá de la clásica alusión a que todos los derechos se ejercen en sociedad o colectividad¹⁴⁵. Así, en la doctrina constitucionalista está bastante consolidada la existencia de derechos individuales de ejercicio colectivo que, dice J. J. Solozábal Echevarría, no deben confundirse con los derechos de titularidad colectiva¹⁴⁶. Estos derechos se atribuyen a la persona, que es quien decide si los ejerce o no; sin embargo, sólo cobran *sentido* cuando se ejercen de manera colectiva mediante concierto o acuerdo de los individuos¹⁴⁷. Lo anterior –se dice desde estas posiciones– denota cierta superación de la individualidad en el ejercicio de los derechos fundamentales, si bien no convierte a estos derechos en colectivos¹⁴⁸. Como ya se vio, a estos derechos se han referido tanto G. Jáuregui como A. García Inda denominándolos respectivamente *derechos de grupo* y *derechos asociativos*, entre los que este último autor incluye el derecho a la huelga, el derecho de reunión y manifestación, al derecho de asociación, la libertad sindical, la petición colectiva o el derecho a contraer matrimonio¹⁴⁹. En consecuencia, para buena parte de la doctrina un ejercicio colectivo no iría siempre asociado a una titularidad colectiva.

Así lo habría avalado también el Tribunal Constitucional en sus Sentencias núm. 11/1981 de 8 de abril –sobre el derecho de huelga– y núm. 85/1988, de 28 de abril –sobre el derecho de reunión–. En particular, del derecho de huelga el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

Define al derecho de huelga el ser un derecho atribuido a los trabajadores «uti singuli», aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. Para aclarar lo que se entiende por ejercicio colectivo debe señalarse que son facultades del derecho de huelga la convocatoria o llamada, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad o proyección

extranjeros también ha suscitado mucha polémica: para M. Aragón, separar la titularidad del ejercicio en estos casos –con la salvedad de los menores e incapaces– no sólo es una impropiedad jurídico-dogmática, sino una manera de emplear un lenguaje confuso para encubrir la realidad: si se tiene la titularidad pero no el ejercicio de un derecho no se tiene, realmente, derecho alguno. ARAGON, M. “¿Es constitucional la nueva ley de extranjería?”. *Claves de razón práctica*. 2001, núm. 112, pp. 11-12.

¹⁴⁵ Se refieren a esta típica matización, por ejemplo, GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 96; MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. “Derechos colectivos y ordenamiento jurídico internacional”, cit., p. 77, ambos para coincidir en que el ejercicio colectivo al que aquí se alude va mucho más allá del enunciado anterior.

¹⁴⁶ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J. “Los derechos colectivos desde la perspectiva constitucional española”. *Cuadernos de Derecho público*. 2001, núm. 12, p. 108. Para el propio C. Schmitt, que rechaza la existencia de derechos fundamentales de grupos o comunidades, este tipo de derechos individuales de ejercicio colectivo no le suponen un problema, por lo menos en tanto que el individuo no salga de la situación apolítica de lo social puro: en cuanto la asociación alcanza el punto de lo político, entonces ya pierde esa condición de fundamentalidad. SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 170-171.

¹⁴⁷ JÁUREGUI, G. “Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible”, cit., pp. 56-57; ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., pp. 89-90. Recuérdese que esto mismo exponía J. Rivero en el capítulo 1.

¹⁴⁸ ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., p. 90.

¹⁴⁹ JÁUREGUI, G. “Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible”, cit., pp. 56-57; GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., pp. 50-53 y 113. De todos modos, A. García Inda reconoce que algunos de esos derechos pueden tener una doble titularidad (como la libertad sindical) o que su configuración es debatida, como el derecho a la huelga. En el capítulo 5 se dará esta otra perspectiva de algunos de los derechos referidos.

exterior, la negociación y, finalmente, la decisión de darla por terminada. Se puede, por ello, decir que si bien la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, y que a cada uno de ellos corresponde el derecho de sumarse o no a las huelgas declaradas, las facultades en que consiste el ejercicio del derecho de huelga, en cuanto acción colectiva y concertada, corresponden tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales¹⁵⁰.

De esta cita se extrae, además, la idea de que el ejercicio colectivo no sólo consiste en la concurrencia o acción concertada de varios individuos¹⁵¹, sino también en la posibilidad de que determinadas facultades o posiciones jurídicas del derecho sean aplicadas por un grupo o asociación concreto –e.g., representantes, sindicatos–.

De todos modos, cabe preguntarse si acaso la distinción entre titularidad y ejercicio en los dos sentidos señalados –limitación del ejercicio y modo individual o colectivo de éste– no es uno de esos recursos que, por muy consolidados que estén, no tratan sino de llevarnos hacia el terreno seguro, la parcelación de los conceptos sin demasiadas interrelaciones. Después de todo, ¿no se está diciendo que determinados derechos sólo cobran *sentido* cuando se ejercen colectivamente? ¿No trata el expediente de la separación entre titularidad y ejercicio relativizar esa idea, tranquilizarnos, remitirnos al territorio conocido y abonado de la titularidad individual?

Conviene en este momento recuperar especialmente la noción de los derechos colectivos como derechos a *bienes participativos* de D. Réaume: según ésta, esos bienes no sólo requerirían a varias personas para su producción, sino que serían valiosos por esa participación conjunta: el bien *sería la participación*, decía ella. Y, como consecuencia de esta peculiaridad, un individuo no podría tener derecho a esas actividades, porque no las podría disfrutar como individuo, porque su individualización estaría cambiando el objeto del derecho¹⁵². En principio, como ya se dejó intuir, esta idea parece aplicable a los derechos de ejercicio colectivo a los que se está haciendo referencia en esta sección –y, especialmente, a los que se manifiestan como una concurrencia concertada–: D. Réaume ilustraba sus tesis expresamente con los derechos lingüísticos y culturales, aunque podrían incluirse otros como la huelga o el matrimonio. Pues bien, ¿es la tesis de D. Réaume correcta? ¿Puede o no haber intereses individuales en estos bienes? ¿Pueden o no estos bienes justificar derechos de titularidad individual? No se pretende aquí aportar respuestas a este debate, que sigue abierto y al que ya se ha hecho referencia en el capítulo 3, apartados I.1 y I.2. Sin embargo, sí se ha considerado necesario ofrecer por lo menos esta perspectiva alternativa, que no suele ser objeto de atención cuando de derechos sociales se trata.

De hecho, cuando algunos autores se plantean el debate sobre si los derechos sociales son o no derechos colectivos, la remisión a la referida parcelación entre titularidad y ejercicio no es infrecuente. Así, para J. L. Rey Pérez, por ejemplo:

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981, de 8 de abril (fundamento jurídico 11). El subrayado es de la autora.

¹⁵¹ En la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 85/1988, de 28 de abril, éste señala lo siguiente sobre el elemento subjetivo del ejercicio colectivo (agrupación de personas): «... la agrupación de personas en el derecho de reunión viene caracterizada por la nota esencial de ser una concurrencia concertada en la cual existe un cierto grado de vinculación subjetiva de cada persona interviniente en la reunión con los restantes que participan en la misma [...]» (fundamento jurídico 2).

¹⁵² RÉAUME, D. “Individuals, groups, and rights to public goods”, cit., pp. 10-11. Véase el capítulo 3, apartado I.2.

Todos los derechos humanos son derechos individuales aunque al ser [...] todos ellos derechos que operan en la vida social, precisan de los otros como referente. Hay derechos que demandan un ejercicio colectivo, como es el caso del derecho a la huelga, pero en última instancia el titular del derecho es el individuo¹⁵³.

Del mismo modo, M^a. E. Rodríguez Palop sostiene que los derechos sociales son derechos de titularidad individual «aunque no puedan ejercerse más que colectivamente»¹⁵⁴: ejemplos paradigmáticos serían el derecho de huelga y la creación de sindicatos, cuya puesta en práctica exige la acción coordinada de los miembros de un grupo o colectividad y en los que –dice– se habría llevado a cabo un exitoso esfuerzo de distinción entre titularidad y ejercicio¹⁵⁵.

Para la autora este esquema no es exclusivo de una categoría de derechos –como por otro lado cabe deducir de las consideraciones sobre los derechos de asociación y reunión señaladas anteriormente–: se daría entre algunos derechos sociales, pero también entre los derechos políticos¹⁵⁶ y, en especial, los derechos de cuarta generación¹⁵⁷. A estos efectos, A. Garriga incluye también a los mismos derechos civiles. Según ella, el ejercicio de determinados derechos sociales –por ejemplo, de determinados *contenidos* de la libertad sindical o del derecho a la negociación colectiva– puede corresponder a asociaciones o colectividades en las que se integran los individuos, pero lo mismo sucedería con determinados derechos civiles, cuyo ejercicio también se reconoce a las personas jurídicas o determinadas entidades para la defensa de intereses comunes o difusos¹⁵⁸.

En cuanto a los derechos de cuarta generación, cabe señalar que a menudo han sido considerados como derechos colectivos¹⁵⁹. Sin embargo, M^a. E. Rodríguez Palop sostiene que esas afirmaciones sólo han llevado a confundir la titularidad de estos derechos y sus condiciones de ejercicio¹⁶⁰. Los derechos de cuarta generación estarían orientados –arguye– al disfrute de *bienes colectivos* y, por lo tanto, a la protección de *intereses colectivos*, pero ello no tendría por qué materializarse en derechos de titularidad colectiva: estos derechos serían perfectamente compatibles con la idea de derechos individuales, al poderse articular modos

¹⁵³ REY PÉREZ, J. L. “La naturaleza de los derechos sociales”, cit., p. 150. Recuérdese a estos efectos lo dispuesto en la nota al pie 145.

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ PALOP, M^a. E. *La nueva generación de Derechos Humanos: origen y justificación*, cit., p. 176.

¹⁵⁵ Ídem, p. 175. Debe matizarse que, en otro momento, la autora se ha referido a la libertad sindical como perteneciente a los derechos políticos y, en particular, a la libertad de asociación. Ídem, p. 94.

¹⁵⁶ Recuérdese a estos efectos que los derechos políticos suelen preceder en el tiempo a los derechos sociales –así lo hacen, por lo menos, como generación–, y que el propio J. Rivero aludía a la noción de derechos colectivos como derechos individuales de ejercicio colectivo con especial incidencia en los derechos políticos, además de algunos derechos sociales.

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ PALOP, M^a. E. *La nueva generación de Derechos Humanos: origen y justificación*, cit., p. 166.

¹⁵⁸ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. “Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento”, cit., p. 633. Según G. Pisarello, incluso entre quienes impugnan la categoría de derechos colectivos existe acuerdo en que muchos derechos admiten formas de ejercicio colectivas. PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, cit., p. 73.

¹⁵⁹ Por ejemplo, véase VIDAL GIL, E. “Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho”, cit., p. 105, quien sostiene que los derechos de cuarta generación tendrían como titular a la colectividad.

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ PALOP, M^a. E. *La nueva generación de Derechos Humanos: origen y justificación*, cit., p. 176.

de aprovechamiento y disfrute *individuales* de los bienes colectivos¹⁶¹. Los derechos de cuarta generación supondrían el esfuerzo combinado de la comunidad internacional, los Estados y todos los seres humanos, pero ello no afectaría a su titularidad sino a su *ejercicio*¹⁶². De hecho:

Puede concluirse que, por lo que a su titularidad se refiere, los derechos de cuarta generación se concentran en el individuo (situado o no), si bien, al orientarse a la protección de intereses comunes, parece aconsejable y, en ciertos casos, inevitable, su reivindicación y ejercicio colectivo¹⁶³.

Volviendo a los derechos sociales, cabe precisar con A. E. Pérez Luño que –aunque tales derechos sociales de ejercicio colectivo existan– los derechos sociales como categoría *no sólo* pueden ejercerse colectivamente, como sin embargo parecería desprenderse de algunas tesis¹⁶⁴. Se ve, por lo tanto, que ni este rasgo afectaría a todos los derechos integrantes de la categoría ni tampoco la diferenciaría notablemente de otras categorías de derechos.

(iii) La defensa y legitimación

Como ya se ha avanzado con anterioridad, la *titularidad* no sólo tiende a diferenciarse del *ejercicio* sino también de la *defensa* o reivindicación del derecho. Aunque, a menudo, reflexiones sobre esta última se incorporen al hilo de las dos primeras, es preciso señalar que, según la doctrina constitucionalista, la atribución de un derecho a favor de un individuo no implica necesariamente que éste pueda –por sí mismo y en todo caso– activar su protección ante los tribunales, ni del hecho de se atribuya a un grupo esa posibilidad se deriva siempre su condición de titular¹⁶⁵. Por estas razones, G. Rosado Iglesias señala lo siguiente:

Aunque lo habitual es que coincida el sujeto titular del derecho con aquél que pretende su defensa procesal no siempre la titularidad del derecho material se ve correspondida con la completa capacidad para actuar válidamente ante la jurisdicción o en un proceso concreto (esto

¹⁶¹ Ídem, p. 166. Como puede verse, la autora rechaza el término de “derechos colectivos” por asociarlo a la titularidad; sin embargo, su posición no se aleja de aquélla que habla de los derechos colectivos como derechos a bienes colectivos, por lo menos de aquélla corriente que no vincula necesariamente bienes colectivos con derechos de titularidad colectiva.

¹⁶² Ídem, p. 175.

¹⁶³ Ídem, pp. 174-175.

¹⁶⁴ PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., 86, que parece remitirse, con ambigüedad, a K. Kaskel. Esta idea de A. E. Pérez Luño puede verse también en CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 30. También se refieren a ella, sin posicionarse al respecto, AÑÓN ROIG, M^a J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 66.

¹⁶⁵ ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., pp. 53 y 55. J. J. Solozábal Echevarría entiende que la cuestión de la titularidad por personas jurídicas de los derechos fundamentales ha de separarse del reconocimiento a éstas de la legitimación para acceder al recurso de amparo. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J. “Los derechos colectivos desde la perspectiva constitucional española”, cit., p. 100. En el mismo sentido, véase GÓMEZ MONTORO, A. J. “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación (1)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2002, núm. 65, pp. 62-63. También entre algunos teóricos del Derecho – incluso entre los que incluyen entre los elementos del derecho subjetivo la acción procesal– se distingue entre el sujeto activo del derecho y el sujeto titular de la acción de tutela o del uso de los medios coercitivos de ésta. Así lo recoge por ejemplo ARA PINILLA, I. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 74, siguiendo un análisis de L. Becker con matizaciones de P. Comanducci.

es, capacidad para ser parte, capacidad procesal y legitimación)¹⁶⁶.

En el ámbito procesal se diferencian así la *capacidad para ser parte* –vinculada a la capacidad jurídica–, la *capacidad procesal* –relacionada con la capacidad de obrar– y la *legitimación*. La capacidad procesal sería la aptitud para comparecer en juicio; al igual que la capacidad de obrar, correspondería a los sujetos que se hallan en el pleno ejercicio de sus derechos civiles pero, en caso de que ese ejercicio estuviera limitado, sería susceptible de integrarse mediante determinadas fórmulas –*e.g.*, representación, tutela, autorización–¹⁶⁷.

Por otro lado, la legitimación sería la posibilidad de actuar válidamente en un *proceso concreto*, por tener cierta relación con el objeto de éste. Lo habitual es que la legitimación coincida con la titularidad del derecho material –legitimación directa u ordinaria–; sin embargo, a veces se permite a otros sujetos la posibilidad de actuar procesalmente en defensa de derechos ajenos –legitimación extraordinaria–. Habitualmente, lo anterior se justifica por la situación del titular del derecho –que puede necesitar un complemento– o por el valor del contenido del derecho –*e.g.*, se trata de un derecho fundamental, es de interés general o es compartido por un colectivo–. Esta legitimación extraordinaria habría permitido a determinados grupos proteger derechos *ajenos* –individuales o colectivos– cuando tienen cierta conexión con el objeto de protección¹⁶⁸.

En especial, la regulación del recurso de amparo dota de legitimación activa a personas físicas y jurídicas que tengan no ya la titularidad del derecho sino, simplemente, un “interés legítimo” (art. 162.1.b CE)¹⁶⁹ –en parte porque la titularidad suele ser objeto del proceso en cuestión–. Determinar cuándo concurre tal interés ha provocado no pocos interrogantes, pero parece que no hay dudas de que tiene, en todo caso, un contenido más extenso que la titularidad del derecho¹⁷⁰. Así lo habría confirmado el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, como por ejemplo en la Sentencia núm. 47/1990, de 20 de marzo:

... no puede confundirse este concepto de interés legítimo con el más restrictivo de la titularidad personal del derecho fundamental o libertad pública cuyo amparo se pide ante este Tribunal. El interés legítimo a que alude el art. 162.1 b) de la Constitución es un concepto más amplio que el de interés directo, según declaramos en la STC 60/1982 (RTC 1982\60), y, por tanto, de mayor alcance que el de derecho subjetivo afectado o conculcado por el acto o disposición objeto del recurso¹⁷¹.

En resumen, expedientes como el de la legitimación extraordinaria y el interés legítimo permiten a veces a ciertos grupos la protección de determinados derechos e intereses sin que ello implique *necesariamente* que éstas sean a su vez titulares de los derechos ni éstos sean, por tanto, *derechos colectivos en sentido estricto*¹⁷²: podría tratarse, por ejemplo, de *derechos*

¹⁶⁶ ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., p. 55.

¹⁶⁷ Ídem, pp. 56-58.

¹⁶⁸ Ídem, pp. 56-63.

¹⁶⁹ Se añaden a éstas, además, el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo.

¹⁷⁰ GÓMEZ MONTORO, A. J. “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación (1)”, cit., p. 62.

¹⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 47/1990, de 20 de marzo (fundamento jurídico 2). Véanse también, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 19/1983, de 14 de marzo (fundamento jurídico 1) o el Auto 1021/1987, de 22 de septiembre.

¹⁷² Esto se ha traducido también en las leyes procesales: por ejemplo, (i) la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial prescribe que para la defensa de derechos e intereses colectivos se reconocerá la legitimación de las asociaciones, y grupos «que resulten afectados o que estén legalmente habilitados

específicos de grupo o derechos de grupo reclamados por un grupo de afectados o por una asociación habilitada para defenderlos¹⁷³. De hecho, la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 47/1990, de 20 de marzo se refiere precisamente a la legitimación de una asociación para proteger los derechos fundamentales de sus miembros individuales:

Sin necesidad de definir ahora en toda su extensión aquel concepto de interés legítimo, es evidente que en el mismo hay que entender incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores, del que puede ser titular no sólo cada uno de ellos, individualmente considerados, sino también cualquier asociación o Entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines. [...] Así ocurre en el presente caso en que la Asociación de Profesores de Religión de Centros Estatales impugna una Instrucción y una resolución judicial que considera lesivas de derechos fundamentales de sus miembros, a los que atañen directamente, y que afectan también directamente a la promoción profesional de los mismos, lo que constituye un fin estatutario de la Asociación. De ahí que no pueda negarse a la demandante la legitimación para interponer este recurso de amparo¹⁷⁴.

En esta línea de separación entre titularidad y legitimación se sitúa M^a. E. Rodríguez Palop en relación con los derechos de cuarta generación. Ésta reconoce la conveniencia de *incorporar* mecanismos que permitan la tutela judicial de esos derechos por determinados grupos o sujetos colectivos, pero tal legitimación procesal colectiva quedaría desvinculada de la titularidad del derecho en sentido estricto: no sería más que una técnica para su defensa o puesta en práctica¹⁷⁵.

De todos modos, la separación entre legitimación y titularidad no deja de plantear dificultades –y así lo reconocen hasta los mismos constitucionalistas–, pues no puede olvidarse en este sentido que la *regla general* es que titularidad y legitimación vayan acompañadas –legitimación directa u ordinaria–. El art. 162.1.b) CE supondría un «principio de apertura» de los derechos fundamentales a las personas jurídicas, en tanto que ha permitido a colectividades reivindicar ante el Tribunal Constitucional la titularidad para sí de derechos fundamentales¹⁷⁶. Como señala G. Rosado Iglesias:

... la relación entre legitimación y titularidad del derecho es lo suficientemente estrecha para que, especialmente, en el ámbito de los derechos fundamentales, en más de una ocasión, la estimación de la primera haya desembocado en una declaración favorable a la titularidad de

para su defensa y promoción» (art. 7.3); (ii) la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sigue esta misma línea, aclarando que la legitimación se reconoce no sólo a personas jurídicas sino también a entidades sin personalidad –*e.g.*, grupos de afectados, uniones sin personalidad, patrimonios independientes– (arts. 18 y 19).

¹⁷³ Sobre la protección de los intereses de los grupos, véase SILGUERO ESTAGNAN, J. *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, cit.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, cit., aunque ambos autores mantienen posturas muy diferentes en cuanto a la interpretación de los conceptos.

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 47/1990, de 20 de marzo (fundamento jurídico 2). El subrayado es de la autora.

¹⁷⁵ Ídem, pp. 176-177. «... Es cierto que, en principio y con matices, la defensa de las nuevas pretensiones con arreglo a cauces jurídicos sería más eficaz si se permitiera que determinados grupos (que se elevaran como portavoces de intereses colectivos propios o de la comunidad en su integridad), fueran titulares de la correspondiente acción procesal, pero ello no se debe tanto a su posible titularidad colectiva cuanto al objeto a cuya protección se orientan». Ídem, p. 176. De todas maneras, para la autora la defensa y el ejercicio parecen estar íntimamente vinculados.

¹⁷⁶ GÓMEZ MONTORO, A. J. “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación (1)”, cit., p. 63.

derechos, o las dudas acerca de la eventualidad de la segunda hayan condicionado el enjuiciamiento positivo de la primera en la admisión de un recurso¹⁷⁷.

Algunos autores, como J. J. Solozábal Echevarría, llegan así a hablar de un cierto solapamiento entre la titularidad de derechos fundamentales y la legitimación para presentar el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional¹⁷⁸. De hecho, según G. Rosado Iglesias se ven dos grandes tendencias en cuanto a la forma de operar del Tribunal Constitucional. Como regla de principio –dice–, éste mantiene y declara la diferencia entre la legitimación y la titularidad de los derechos. Sin embargo, según se trate de personas jurídico-públicas o jurídico-privadas, la doctrina normalmente se modula: (i) en los supuestos relativos a personas jurídico-públicas, las consideraciones sobre la legitimación y la titularidad se convierten necesariamente en interdependientes, hasta el punto de negarles la legitimación –que en principio y abstracto ha estimado– por considerar que la entidad pública no puede eventualmente ser titular del derecho alegado¹⁷⁹; (ii) por el contrario, cuando se trata de personas jurídico-privadas, el razonamiento del Tribunal es el inverso: la aceptación de la legitimación para recurrir le suele conducir –«de forma casi irremediable», apunta la autora– a estimar y declarar la titularidad del derecho¹⁸⁰.

Pues bien, una vez expuestos los vínculos y diferencias entre la titularidad y la legitimación, puede uno preguntarse si la dimensión colectiva de algunos derechos sociales no se justifica en parte en la conveniencia de las acciones de tutela colectivas¹⁸¹. Ya se vio en el capítulo 2 que con el Estado social este tipo de acciones comenzaron a ser reguladas, como consecuencia de esa lógica de lo colectivo que tiene lugar con lo que V. Abramovich y C. Courtis denominan el paradigma del Derecho social. Lo cierto es que la protección de los derechos de los miembros de ciertos grupos o categorías de personas puede garantizarse *mejor* mediante recursos promovidos por asociaciones de defensa de esos colectivos: bien porque se parte de una situación de desigualdad previa por parte de esas personas, o bien porque en el fondo se está haciendo frente a intereses (también) colectivos. Ello no tiene por qué llevar a considerar estos derechos como *derechos colectivos en sentido estricto*, pero se trata sin duda de un una

¹⁷⁷ ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., pp. 64-65.

¹⁷⁸ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. “Los derechos fundamentales en la Constitución española”. *Revista de Estudios Políticos*. 1999, núm. 105, p. 24.

¹⁷⁹ Con un ejemplo puede entenderse mejor: el Auto núm. 1178/1988, de 24 de octubre señala que «... la legitimación para interponer recursos de amparo corresponde a cualquier persona -natural o jurídica- “... que sea titular de un interés legítimo, aun cuando no sea titular del derecho fundamental que se alega como vulnerado”, pero esta afirmación, que no significa otra cosa [sic] que basta con el interés legítimo del recurrente aun cuando luego resulte no ser titular del derecho fundamental que se alega como vulnerado, no contradice la exigencia de que el recurrente sea, al menos, potencial titular del concreto derecho fundamental objeto del debate. Quiere decirse, por tanto, que si el ente administrativo local no puede ser titular en caso alguno del derecho fundamental controvertido, difícilmente puede aceptarse su legitimación para interponer el pertinente recurso de amparo. Circunstancia ésta que concurre en el presente recurso de amparo entablado por el Ayuntamiento de Madrid» (fundamento jurídico 2). El subrayado es de la autora.

¹⁸⁰ ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., pp. 156-159.

¹⁸¹ De todas formas, nótese que actualmente la justiciabilidad de los derechos sociales en sede constitucional es muy debatida, aunque no lo es tanto ante la justicia ordinaria. Sobre la justiciabilidad de los derechos sociales, véase por ejemplo ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit.

manera de afrontar de manera más eficaz la repercusión que estos derechos tienen no sólo individualmente sino también en el colectivo afectado.

De hecho, cuando A. E. Pérez Luño reflexiona sobre los derechos colectivos y los derechos sociales *fundamentales* –que no humanos–, a menudo se remite a la cuestión de la legitimación activa o la tutela: y es que, a su juicio, la garantía eficaz de ciertas situaciones requiere que la acción tutelar de los poderes públicos o de los individuos inmediatamente afectados se *complete* con mecanismos de intervención social y colectiva, en los que las fórmulas de legitimación colectiva tienen un puesto cada vez más importante. En «la evolución de la titularidad de los derechos fundamentales» –señala–, y cuando se trata de defender *intereses colectivos o difusos* –en materias como el medio ambiente, la salud o la protección de los consumidores, que afectan a algunos derechos sociales pero también (y sobre todo) a los derechos de cuarta generación– se estaría desarrollando una tendencia a ampliar la legitimación estrictamente individual propia del proceso tradicional, y ello porque la naturaleza de los bienes e intereses haría imposible enfocarlo desde la óptica de la lesión individualizada. Ahora bien –matiza A. E. Pérez Luño–, estas actuaciones «terminan siempre por redundar en beneficio de los miembros singulares que integran los grupos, o la propia sociedad en su conjunto»¹⁸².

A estas mismas cuestiones también se refiere J. de Lucas, a veces en términos muy semejantes¹⁸³. Sin embargo, este autor parece poner más énfasis en el factor de la desigualdad que se ha esbozado antes: por ejemplo, cuando habla de las minorías culturales, le resulta de lo más esencial la posibilidad legal de que la minoría como tal actúe en defensa de los derechos de sus miembros –además de los suyos propios–, puesto que estos últimos a menudo no tendrían *posibilidad real* de acceder a los mecanismos de garantía de sus derechos individuales¹⁸⁴.

¹⁸² Véase por ejemplo PÉREZ LUÑO, A. E. “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, cit., p. 264 y también PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 208-210. Nótese a estos efectos que con la acción popular el ordenamiento otorga legitimación a cualquier ciudadano con objeto de la *defensa de la legalidad*, sin necesidad de acreditar un derecho o un interés legítimo. Junto a este mecanismo –pero sin confundirse con él– se situarían otros que otorgan legitimación activa para la defensa de intereses colectivos y difusos, de ejercicio individual o colectivo. Vid. por ejemplo GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, cit., pp. 361-363. También M^a. J. Añón Roig *et al.* subrayan la importancia que tiene la dimensión supraindividual para la *tutela* de determinados intereses y necesidades vitales en lo que al debate sobre la dimensión colectiva de los derechos sociales se refiere. AÑÓN ROIG, M^a J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 65.

¹⁸³ DE LUCAS, J. “El reconocimiento de los derechos. ¿Un camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)”, cit., p. 274: «... si se ponen en juego bienes e intereses de carácter colectivo, para garantizarlos frente a agresiones no se puede arrancar de la óptica tradicional de la lesión individualizada, y por esa razón cobran especial importancia [...] las normas de procedimiento, la posibilidad de que personas jurídicas tengan legitimación procesal (o incluso la de acción popular): no es de hoy la insistencia de la doctrina en la necesidad de encontrar nuevos procedimientos de defensa de los intereses colectivos —bien mediante su cristalización individual o por la potenciación de los propios intereses colectivos y las instituciones específicas de tutela de forma complementaria a la acción de los tribunales. Creo que en este ámbito, y en el de los derechos económicos, sociales y culturales, la acción positiva de los poderes públicos, justificada por el principio de solidaridad, es irrenunciable».

¹⁸⁴ DE LUCAS, J. *El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, cit., pp. 206-207. De hecho, para el autor este reconocimiento podría adoptar diferentes vías: desde el simple reconocimiento de la legitimación procesal para el ejercicio de acciones encaminadas a la

En cualquier caso, G. Pisarello relativiza expresamente las diferencias que, con relación a los procedimientos de tutela –si bien alude al “ejercicio” en general–, se producen con las categorías de derechos civiles y políticos. A su juicio, y aun a pesar de las dificultades, nada impide la articulación de procedimientos que permitan expresar intereses de grupo, públicos o tendencialmente generalizables para todo tipo de derechos¹⁸⁵. De hecho –continúa–, la mayoría de los derechos civiles, políticos y sociales pueden reclamarse –y lo hacen– de manera colectiva a través de sindicatos, asociaciones de usuarios, consumidores u otros grupos de afectados. No obstante, ello no impide que esas reivindicaciones puedan plantearse *al mismo tiempo* como exigencias individuales¹⁸⁶.

El autor alude a casos como por un plan de despidos por reorganización empresarial, un plan urbanístico realizado sin información ni participación suficientes o una práctica hospitalaria negligente. En casos como éstos –sostiene–, la reclamación podría venir de la mano de sindicatos, asociaciones de vecinos o asociaciones de pacientes respectivamente. No obstante, esas demandas también podrían articularse como reivindicaciones personales –*e.g.*, a no ser despedido sin justa causa, a no ser desalojado de manera arbitraria o a recibir atención sanitaria adecuada–. Pues bien, igual sucedería, según este autor, con los derechos civiles y políticos¹⁸⁷.

Del mismo modo que los derechos sociales pueden concebirse como derechos personales, individuales, también los civiles y políticos pueden abordarse como derechos colectivos o, si se prefiere, como derechos de ejercicio colectivo. Por lo tanto, si bien pueden reclamarse de manera individual, nada impide que sean exigidos de manera colectiva por asociaciones de periodistas, de trabajadores, de usuarios de servicios, etcétera¹⁸⁸.

Siguiendo los razonamientos expuestos en este apartado, podría entenderse que para muchos autores la categoría de derechos sociales estaría integrada en su totalidad o mayoría por enunciados susceptibles de ser articulados como *derechos individuales*, *derechos específicos de grupo* y *derechos de grupo*, según la terminología de G. Jáuregui.

II. LA RECONFIGURACIÓN DEL SUJETO DE DERECHOS HUMANOS:

Por lo tanto, hasta ahora se ha hecho hincapié en la idea de que los derechos sociales en su mayoría o totalidad no son derechos colectivos si se atiende al *sentido estricto* de estos

defensa de intereses colectivos, al que se acaba de hacer referencia, hasta el reconocimiento de autonomía territorial como concreción de esa personalidad y del ejercicio del derecho de autodeterminación, complementado con el reconocimiento de los derechos políticos de las minorías –*e.g.*, participación como tales en las decisiones del Estado, a través de la reserva de cuotas de representación, establecimiento de mecanismos preceptivos de consulta a los órganos de representación y autogobierno, etc.–. En cualquier caso, considera oportuno el reconocer personalidad jurídica a las minorías como sujeto de derecho.

¹⁸⁵ Ésta es una idea recurrente entre aquéllos que defienden la justiciabilidad de la categoría de los derechos sociales. Que los mecanismos actuales de protección no resulten del todo adecuados no quiere decir que sean imposibles de configurar ni dice nada, como señalan V. Abramovich y C. Courtis, acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los derechos sociales. ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 45-46.

¹⁸⁶ PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, cit., pp. 73-74. De nuevo aquí el factor de la bidireccionalidad podría ser cuestionado por aquellos que consideran inconcebible la óptica de la lesión individualizada.

¹⁸⁷ Ídem, p. 74.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

últimos. En particular, se ha destacado la idea de que esta categoría de derechos estaría atribuida en su totalidad o mayoría a las personas individuales, pero a menudo situadas y concretas. Pues bien, estas peculiaridades en cuanto a la titularidad de los derechos sociales se asocian a menudo con el denominado proceso de especificación de los derechos humanos que, junto con el proceso de generalización, habrían tenido como resultado la reconfiguración del sujeto de derechos humanos y, con ello, de la titularidad de estos últimos.

1. La erosión de la concepción moderna del sujeto:

En efecto, en el capítulo 2 se ha descrito la concepción liberal que del sujeto de derechos humanos se tenía en las primeras declaraciones del siglo XVIII: aquel *homo iuridicus*, ideal, presocial, abstracto y racional. Los derechos que de esa concepción surgían, basada en la razón monológica e intemporal, prescindían de los fines particulares y se configuraban aparentemente como derechos universales, propios de toda persona por el mero hecho de serlo. Para A. E. Pérez Luño, la concepción del ser humano como un fin en sí mismo y la consecuente configuración de las libertades del hombre *en cuanto individuo* serían inventos de la modernidad en tanto que paradigma y estarían, sin duda, fuertemente vinculados al individualismo¹⁸⁹.

Sin embargo, ya se ha visto que esta concepción fue –y sigue siendo– cuestionada por reduccionista, en la medida en que, de entrada, respondía a una idea concreta del hombre muy lejos de la predicada abstracción y universalidad y, en consecuencia, protegía un catálogo de derechos al servicio de la dignidad de ese hombre concreto. En su momento se identificó a este último con el ciudadano burgués y propietario, pero hoy en día cabría ser más precisos y decir, con M^a. C. Barranco, que se trataba del varón, blanco, burgués, heterosexual, económicamente independiente y, también, física y socialmente independiente. Rasgos como estos últimos habrían servido como criterios relevantes a la hora de introducir modulaciones en la aplicación del principio de igualdad ante la ley, bien a la hora de atribuir derechos bien a la de limitar su *ejercicio*¹⁹⁰.

Como resultado de estas críticas, poco a poco se fue modificando la concepción del sujeto de derechos humanos imperante durante la Ilustración, según se desarrollaban los procesos de generalización y especificación –todavía en curso–. Cabe recordar a estos efectos que, mientras que para algunos autores los derechos sociales son fruto esencialmente del proceso de generalización –es el caso, en principio, de G. Peces-Barba¹⁹¹–, otros ponen el énfasis en el proceso de especificación –por ejemplo, L. Prieto Sanchís¹⁹². Lo cierto es que no es fácil delimitar nítidamente entre ambos procesos, como no lo hace ni el mismo G. Peces-Barba al

¹⁸⁹ PÉREZ LUÑO, A. E. “Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?”, cit., p. 42.

¹⁹⁰ BARRANCO AVILÉS, M. C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit., pp. 14-15.

¹⁹¹ Vid, por ejemplo, PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 169-170 y 180-182, y PECES-BARBA, G. *Derechos sociales y positivismo jurídico*, cit., pp. 61-66. Ya se ha señalado de todos modos que para este autor los derechos de las mujeres, de los niños o de las personas con discapacidad no serían en propiedad derechos sociales –estos últimos representados por el derecho a la educación, al trabajo, a la salud, seguridad social, etc.–, sino específicos y, por tanto, vinculados al proceso de especificación.

¹⁹² PRIETO SANCHÍS, L. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., p. 16, que habla de los derechos del trabajador, de quien precisa asistencia, del joven, del anciano, etc.

señalar en ocasiones que los derechos sociales pueden ser considerados derechos específicos en tanto que genuinamente se atribuyeron a las personas que carecen –para después generalizarse muchos de ellos–. Además, como recuerda R. de Asís, en muchos textos encuadrados en el proceso de generalización también se localizan numerosos derechos de la persona situada¹⁹³.

En principio, caracteriza al proceso de generalización de los derechos humanos el ampliar el concepto de persona que regía hasta el momento, de modo que los derechos ya no se predicaran en relación con una clase social determinada sino que se extendieran a “todos” los miembros de la comunidad –e.g., los derechos políticos, hasta entonces limitados según las condiciones económicas y/o de educación–¹⁹⁴. Esa extensión de los derechos de participación política y asociación favoreció que las demandas de aquéllos que hasta entonces no habían tenido voz para determinar el catálogo de derechos pudieran ser canalizadas políticamente primero y jurídicamente después, dando lugar a buena parte de los derechos sociales¹⁹⁵. Asimismo, se favoreció con este proceso la defundamentalización relativa de ciertos derechos hasta entonces considerados sagrados e inviolables, como el derecho de propiedad, por su imposible contenido igualitario¹⁹⁶.

Según R. de Asís, la justificación de los derechos sociales en ese momento no iría aparejada tanto a la naturaleza humana como a las relaciones sociales y sus nuevas estructuras¹⁹⁷. Lo cierto es que, en el discurso filosófico se va decantando la progresiva decadencia de las primeras concepciones de los derechos humanos¹⁹⁸ y la aparición de una nueva concepción que L. Prieto Sanchís denomina “histórica”. ¿En qué consiste?

Para empezar, cabe precisar que –según advierte el autor– la utilización ese adjetivo no pretende insinuar que la concepción abstracta no sea ella misma fruto de la historia, sino indicar más bien que la nueva hace del devenir una variable relevante en la propia definición de los derechos. Y es que esta concepción supone un cambio frente a idea abstracta y formalista anterior y parte de la idea de que la satisfacción de los valores de dignidad, libertad e igualdad –y solidaridad, cabría añadir– no debe ignorar las condiciones materiales de existencia ni las dimensiones históricas de los sujetos titulares de los derechos¹⁹⁹. En otras

¹⁹³ DE ASÍS ROIG, R. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. 2ª ed. Madrid: Dykinson; Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2000, pp. 75-76. Tal es el caso, por ejemplo, de la constitución francesa de 1848 a la que se ha hecho ya referencia en varias ocasiones.

¹⁹⁴ De nuevo, cabría matizar esta afirmación, teniendo en cuenta que algunos colectivos siguieron quedando excluidos de esos derechos hasta épocas más recientes, o todavía siguen en esa situación, como los niños o los extranjeros en la mayoría de los casos.

¹⁹⁵ Ídem, p. 71.

¹⁹⁶ PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 170. Cabría añadir que, como resultado de este proceso y del paso al Estado social, comenzó a vincularse la propiedad a una función social.

¹⁹⁷ DE ASÍS ROIG, R. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, cit., p. 71. Aunque, como ya se ha señalado en el capítulo 2, se podría decir también que cambia la percepción que de la naturaleza humana se tiene, desplazándose el eje dialéctico más hacia la sociabilidad de la persona que hacia su individualidad. LÓPEZ CALERA, N. “Naturaleza dialéctica de los derechos humanos”, cit., pp. 77; LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, cit., pp. 155-156.

¹⁹⁸ Así lo afirma por ejemplo J. Rivero en RIVERO, J. *Les libertés publiques. 1- Les droits de l’homme*, cit. p. 125.

¹⁹⁹ PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios de derechos fundamentales*, cit., pp. 21-22.

palabras, a la hora de definir el catálogo de derechos comienzan a tomarse en consideración esos fines particulares –y, entre ellos, las necesidades– que, según la regla kantiana, la razón pura debía omitir para poder ser universal –y de los que sin embargo difícilmente podía escapar–. La consideración de los fines particulares supone tener en cuenta esa específica condición social de la que se hablaba en el apartado I.1 anterior²⁰⁰, con mayor o menor énfasis en la pertenencia a determinados grupos o a las circunstancias individuales que rodean la vida del individuo. Y por eso –considera L. Prieto Sanchís– los derechos de esta nueva concepción «... no interesan por igual a todo miembro de la familia humana, ya que se formularían para atender carencias y necesidades instaladas en la esfera desigual de las relaciones sociales»²⁰¹.

Así pues, L. Prieto Sanchís parece coincidir con G. Peces-Barba al asociar los derechos sociales a las personas que carecen, lo que concuerda además con su opción por identificar –aunque con matices– los derechos sociales con la noción de «derechos de prestación en sentido estricto» utilizada por R. Alexy, esto es: aquéllos cuyo contenido obligacional consiste en un dar o en un hacer bienes o servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello²⁰².

En suma, parece que con la incorporación de los derechos sociales al hilo del proceso de generalización no sólo se está ampliando el catálogo de condiciones que se consideran peligrosas para la dignidad de las personas, sino que a veces para poder hacerlo se está especificando también el sujeto en el marco del denominado proceso de especificación.

Uno de los primeros autores que se refirió al proceso de especificación fue N. Bobbio, como uno de los procesos de multiplicación de los derechos humanos que afectaría principalmente a los derechos sociales –aunque en su caso lo sitúa en las últimas décadas–. Sus definiciones son ya clásicas:

... se ha manifestado en estos últimos años una nueva línea de tendencia que se puede llamar de *especificación*, consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior

²⁰⁰ Ídem, p. 45; PRIETO SANCHÍS, L. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., p. 17.

²⁰¹ Ibídem. Frente a esta posición de L. Prieto Sanchís, cabe oponer aquella que ve con el reconocimiento de los derechos sociales «... la consideración de ciertas circunstancias que pueden afectar a todos los seres humanos [...] y que suponen que la dignidad se pueda poner en peligro». BARRANCO AVILÉS, M^a. C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit., p. 22.

²⁰² La identificación entre derechos sociales y derechos de prestación, como se acaba de decir, resulta matizada. El autor reconoce que existen derechos generalmente considerados sociales que se alejan de la condición de derechos de prestación, (i) bien porque carecen de cualquier contenido prestacional –e.g., el derecho a la huelga o la libertad sindical– o (ii) porque la intervención de los poderes públicos no se manifiesta en una prestación en sentido estricto –e.g., los que expresan restricciones a la autonomía individual en el contrato de trabajo–. También habría otros derechos que, sin ser sociales, implicarían por naturaleza prestaciones jurídicas –e.g., derecho a la tutela judicial efectiva–. Nótese aquí que el autor utiliza una noción de derechos prestacionales restringida, como derechos a «bienes económicamente evaluables», pues de lo contrario –dice– todos los derechos merecerían esa consideración al exigir una organización estatal que permita su ejercicio o los defienda. El autor señala, asimismo, que de las técnicas prestacionales pueden beneficiarse también algunos derechos que no las necesitan “por naturaleza”, como por ejemplo la libertad religiosa. PRIETO SANCHÍS, L. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., pp. 15-16. Todas estas matizaciones, que relativizan enormemente la identificación de los derechos sociales con los derechos de prestación, no impiden sin embargo al autor optar finalmente por reducir– como ya se ha señalado y a los efectos de su estudio sobre la igualdad material– los derechos sociales a los derechos de prestación en sentido estricto. PRIETO SANCHÍS, L. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., pp. 20-21.

determinación de los sujetos titulares de derechos. Ha sobrevenido respecto a los sujetos aquello que ocurrió desde el inicio respecto a la idea abstracta de la libertad, que se fue determinando en libertades concretas y singulares (de conciencia, de opinión, de prensa, de reunión, de asociación) en una progresión ininterrumpida que continúa hasta ahora [...]. Así, respecto al abstracto sujeto hombre, que había encontrado ya una primera especificación en el «ciudadano» (en el sentido de que al ciudadano le podían ser atribuidos derechos ulteriores respecto al hombre en general), se ha puesto de relieve la exigencia de responder con ulteriores especificaciones a la pregunta ¿qué hombre, qué ciudadano?²⁰³

En particular, para este autor se habría pasado del hombre genérico –el hombre en cuanto hombre– al hombre específico, esto es, a la especificidad de los diferentes estatus sociales del «único individuo», según los criterios de diferenciación indicados anteriormente –el sexo, la edad, las condiciones físicas–²⁰⁴. Es este proceso –que según el autor afectaría especialmente a los derechos sociales– el que habría impulsado la adopción de numerosas declaraciones y convenciones internacionales a favor de los niños, las mujeres, las personas con discapacidad o las personas mayores²⁰⁵: el autor cita, en particular, la Convención sobre derechos políticos de la mujer (1952)²⁰⁶, la Declaración de los derechos del niño (1959)²⁰⁷, la Declaración de los derechos del retrasado mental (1971)²⁰⁸, la Declaración de los derechos de los impedidos (1975)²⁰⁹ o el Plan de acción internacional sobre el envejecimiento (1982)²¹⁰. Siguiendo esta línea, hoy en día debería hacerse referencia a las convenciones en que muchas de estas declaraciones han desembocado y de las que constituyen sus antecedentes: sin ánimo de exhaustividad, pueden destacarse la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)²¹¹, la Convención sobre los derechos del niño (1989)²¹² o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006)²¹³.

Pues bien, es a éste proceso al que la mayoría de autores alude cuando se plantea la cuestión de la dimensión colectiva de los derechos sociales y, sobre todo, su titularidad²¹⁴. Como

²⁰³ BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 109-110. El subrayado es de la autora.

²⁰⁴ Ídem, pp. 114-115. Y aclara: «La mujer es diferente del hombre, el niño del adulto, el adulto del viejo, el sano del enfermo, el enfermo temporal del enfermo crónico, el enfermo mental de otros enfermos, los físicamente normales de los minusválidos, etc.». Ídem, p. 115.

²⁰⁵ Ídem, pp. 115-116.

²⁰⁶ Resolución núm. 640 (VII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1952.

²⁰⁷ Resolución núm. 1386 (XIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959.

²⁰⁸ Resolución núm. 2856 (XXVI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1971.

²⁰⁹ Resolución núm. 3447 (XXX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1975. Doc. ONU A/RES/3447 (XXX).

²¹⁰ Resolución núm. 37/51 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1982. Doc. ONU A/RES/37/51.

²¹¹ Resolución núm. 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1979. Doc. ONU A/RES/24/180.

²¹² Resolución núm. 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989. Doc. ONU A/RES/44/25.

²¹³ Resolución núm. 61/106 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006. Doc. ONU A/RES/61/106.

²¹⁴ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. "Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento", cit., p. 634-635; AÑÓN ROIG, M^a. J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., pp. 63-64; MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, cit., p. 99; CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pp. 24-25; PRIETO SANCHÍS, L. "Los

señalan M^a. J. Añón *et al.*, los intereses vitales y necesidades básicas que constituyen el objeto y el fundamento de los derechos sociales lo son del sujeto en su específica situación social²¹⁵, dando a entender una fuerte conexión entre el contenido y el sujeto de los derechos sociales.

Con motivo de este proceso, se ha dicho que los derechos sociales «redimensionan» al sujeto²¹⁶. En palabras de F. J. Contreras Peláez: «Los derechos sociales [...] intentan ser derechos del hombre de carne y hueso, del “hombre con atributos”, el hombre ubicado en unas circunstancias históricas, culturales y económicas concretas (que es, por cierto, el único real)»²¹⁷.

Así –prosigue este autor–, se habría dejado atrás al supuesto «Hombre» y se habría sustituido por los «hombres con minúscula», los individuos de verdad, «singulares, irrepetibles, con sus necesidades y sufrimientos concretos»²¹⁸. En definitiva, como apunta A. E. Pérez Luño, esta redefinición del sujeto supone una erosión de la concepción moderna de las libertades. En estas últimas –continúa– se habría forjado un sujeto al margen de la experiencia social, se habría hipostasiado al individuo pretendidamente libre y autónomo. Frente a esta imagen, los derechos sociales habrían propiciado otra *real* y concreta, al asumir a la persona en el conjunto de sus necesidades e intereses²¹⁹.

Hoy en día, este debate sigue en parte vivo a raíz de la polémica liberal-comunitarista, a la que se ha hecho una breve referencia en el capítulo 3²²⁰. En efecto, la concepción liberal de los derechos humanos antes cuestionada ha cobrado de nuevo vigencia con reformulaciones desde posiciones más o menos igualitarias –*e.g.*, J. Rawls, R. Nozick– que seguirían defendiendo a grandes rasgos la tesis del «yo desvinculado» de base kantiana (*unencumbered self*). Frente a estas posiciones –y especialmente a raíz de la obra de J. Rawls–, los denominados comunitaristas han sostenido la «tesis social del yo situado» y que asumiría que el sujeto está constituido socialmente. Como ya se avanzó en el capítulo 3, apartado II.1.(ii), los comunitaristas han defendido el carácter fundamental que tiene el entorno social para la configuración de la identidad individual y la *orientación moral* de los individuos. En particular, la comunidad de referencia se considera por ellos como definitoria o identificativa de las personas que a ella pertenecen y proveería a éstas de los horizontes de significación y de las comprensiones comunes sobre las que se orientarían en el futuro²²¹. Impulsadas por este debate, otras éticas contextualistas partirían de una imagen situada o encarnada del sujeto

derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., p. 16. P. Barcellona habla de «selectividad» de las posiciones subjetivas. BARCELLONA, P. “Los sujetos y las normas: el concepto de Estado social”. En: OLIVAS, E. *Problemas de legitimación en el Estado social*, cit., p. 33.

²¹⁵ AÑÓN ROIG, M^a. J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 63.

²¹⁶ PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*, cit., p. 210.

²¹⁷ CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 24.

²¹⁸ Ídem, p. 25.

²¹⁹ PÉREZ LUÑO, A. E. “Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?”, cit., p. 43. En cualquier caso, nótese que para estos dos últimos autores –y sobre todo para el primero– la influencia sobre el individuo de la pertenencia a la colectividad es definitivamente de menor intensidad que la defendida por las éticas contextualistas que a continuación se verán.

²²⁰ Curiosamente, para M. Losano «el solidarismo del siglo pasado está renaciendo bajo la etiqueta del “comunitarismo”». LOSANO, M. “La cuestión social y el solidarismo francés: actualidad de una antigua doctrina”, cit., p. 16.

²²¹ PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*, cit., pp. 455-456; PÉREZ DE LA FUENTE, O. *La polémica liberal comunitarista: paisajes después de la batalla*, cit., pp. 41-46 y 96-106.

moral, como el culturalismo liberal y el pluralismo cultural a los que también se ha hecho referencia²²².

¿Se enmarcan todos estos cambios en la percepción del sujeto en una nueva “concepción postmoderna” de los derechos humanos? Lo cierto es que la existencia de un cambio de paradigma cultural es una cuestión muy debatida entre la doctrina filosófica²²³. Así, por ejemplo, J. Habermas considera que la modernidad todavía constituye un «proyecto incompleto», y que en lugar de abandonarla como una causa perdida habría más bien que aprender de los errores de los programas que la negaron²²⁴. Del mismo parecer es A. E. Pérez Luño²²⁵, si bien éste acaba reconociendo que los cambios generacionales en los derechos humanos –en tanto que derechos históricos– pueden ser considerados cambios de paradigmas «... con la condición de que se reputen modelos abiertos y porosos a partir de los cuales la historia de las libertades renace, inicia rumbos parcialmente nuevos y vuelve a reorganizarse»²²⁶. De este modo, para A. E. Pérez Luño la historia de los derechos humanos se revelaría, a la vez, como paradigma y como progreso constante, lo que se demuestra en esa erosión sufrida en la concepción moderna de las libertades²²⁷.

En cambio, M^a J. Fariñas Dulce ha apostado en alguna de sus obras por una concepción renovada de los derechos humanos a la que denomina –quizás a falta de un término mejor– como *concepción o actitud postmoderna*²²⁸: se trataría con ella de suministrar elementos alternativos y/o complementarios a la concepción moderna que permitiesen *construir* o *reelaborar* una teoría sobre los derechos humanos real y descriptiva –cualidades que, a su

²²² Esta nueva percepción del sujeto ha impulsado a estas éticas contextualistas, como ya se ha visto, a reivindicar no sólo derechos específicos sino también derechos colectivos en sentido estricto.

²²³ Sobre la noción de «paradigma», vid. *supra*, capítulo 2, apartado III. En cuanto a los rasgos de la postmodernidad, A. J. Arnaud y M^a J. Fariñas Dulce entienden que se trata de una toma de posición ante un modo de conocimiento del mundo que se presentaría –a grandes rasgos– del siguiente modo: (i) sustituiría al paradigma de la modernidad, pero al igual que éste se presentaría como un paradigma racional sistemático; (ii) se apoyaría sobre un conjunto de conceptos cuyo resultado aseguraría la conjunción paradigmática: «pragmatismo, relativismo, descentramiento del sujeto, pluralismo de racionalidades, policentricidad, lógicas fragmentadas, complejidad»; (iii) propondría generalizar la dialéctica del pensamiento y la acción; (iv) juzgaría como hipotéticas e instrumentales las categorías establecidas del saber y buscaría la interdisciplinariedad; y (v) admitiría la implicación del sujeto en el conocimiento del objeto, siendo consciente de la transformación de ambos en el transcurso del análisis. ARNAUD, A. J.; FARIÑAS DULCE, M^a J. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, cit., p. 228. También puede consultarse la obra MAIZ, R.; LOIS, M. “Postmodernismo: la libertad de los postmodernos”. En: MELLÓN, J. A. (ed.). *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 403-428.

²²⁴ HABERMAS, J. “La modernidad: un proyecto incompleto”. En: FOSTER, H. (ed.). *La posmodernidad*. Fibla, J. (trad.). 7^a ed. Barcelona: Kairós, 2008, pp. 19-36.

²²⁵ PÉREZ LUÑO, A. E. “Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?”, cit., pp. 13-14.

²²⁶ Ídem, p. 15.

²²⁷ Íbidem.

²²⁸ FARIÑAS DULCE, M^a J. *Los derechos humanos: desde la perspectiva socio-jurídica a la “actitud posmoderna”*, cit., p. 2. «... habría que conseguir –en mi opinión– un nuevo paradigma de los derechos humanos o una concepción ¿postmoderna? O, al menos, “renovada” de los mismos e, incluso [...], deberíamos ser capaces de mantener una “actitud postmoderna” ante el discurso de los derechos humanos». Ídem, p. 29.

juicio, no lograría el discurso moderno ni en su versión iusnaturalista ni positivista²²⁹. En esa concepción renovada –sostiene la autora– no faltaría como presupuesto epistemológico la contextualización de los derechos²³⁰, que junto con la perspectiva pragmática²³¹, el pluralismo jurídico²³² y el logro de un equilibrio entre individuo a la comunidad²³³ se erigirían como rasgos

²²⁹ Ídem, pp. 29-30. La autora deja constancia, sin embargo, de que tal teoría todavía no se encuentra totalmente elaborada ni resulta del todo pacífica. A su juicio, aunque la postmodernidad se presenta como una nueva visión del mundo, su propio concepto encierra elementos contradictorios y numerosas paradojas; nos remitiría más bien a una situación de tránsito y de cambio de paradigma, donde se tomaría conciencia de la crisis de los fundamentos de la modernidad, pero sin llegar todavía a definírsenos claramente la nueva situación.

²³⁰ De este modo, para M^a. J. Fariñas Dulce el sujeto titular ya no puede ser concebido como el individuo «cartesianamente aislado», desarraigado, incomunicado, indeterminado, abstracto, absoluto y universal de la concepción individualista y liberal de los derechos. Muy al contrario –dice–, deberá estar sumido en una intersubjetividad plural, es decir: «... “situado” y “contextualizado” en su propia contingencia y especificidad, en su propio entorno social y cultural, en su propia percepción del tiempo y el espacio, a saber: en la subjetividad del individuo, en la subjetividad familiar, en la subjetividad laboral, en la subjetividad de clase, en la subjetividad étnica, en la subjetividad religiosa, en la subjetividad de la nación, en la subjetividad transnacional, o en la subjetividad como mujer o como hombre, como niño, como anciano, como refugiado político, como emigrante, como perteneciente a otra cultura, etc.». Ídem, p. 39.

²³¹ Según la autora, el pragmatismo constituye un componente epistemológico esencial del paradigma de la postmodernidad y de la actitud postmoderna de los derechos humanos. Este presupuesto cuestionaría las pretensiones de demostrar «verdades absolutas» en el discurso de los derechos humanos y facilitaría por lo demás la elaboración de una teoría realista, plural y argumentativa de éstos, que los describiera como «lo que realmente son» y lo que realmente se hace con ellos en la práctica. A su juicio, una teoría pragmática de los derechos humanos podría dar respuesta a las cuestiones sociales y a los conflictos normativos que se plantean actualmente entre lo universal y lo particular. La respuesta en este sentido debería tender hacia un diálogo intercultural y, por lo tanto, hacia una sociedad multicultural, que tomara como punto de partida y de llegada la defensa de la dignidad de todos los seres humanos y la liberación de éstos ante cualquier tipo de dominación. Ídem, pp. 30-31.

²³² M^a. J. Fariñas Dulce considera a la concepción moderna como una concepción monista y centralista del Derecho, que reduciría el fenómeno de la juridicidad a la ley estatal. Esta concepción sería apriorística e implicaría una determinada ideología sobre cómo debe ser el Derecho, marginando todo tipo de Derecho no estatal surgido de las relaciones sociales. Frente a esta concepción, la actitud postmoderna se basaría en el paradigma del pluralismo jurídico, que admitiría la existencia de otros «sistemas jurídicos». Ídem, pp. 31-37.

²³³ Respecto al concepto de *comunidad*, la autora rechaza expresamente las tesis comunitaristas «conservadoras», basadas en concepciones ontológicas –e.g., las defendidas por Tönnies o MacIntyre–. A su juicio, estas corrientes pueden generar visiones excluyentes y esencialistas del *ethos* social, manifestaciones neutralizadoras de la pluralidad. Por el contrario, se muestra favorable a la noción weberiana del término, en tanto que «comunitarización» o acción de asociarse a una comunidad. Así, la comunidad constituiría un tipo de formación o vinculación social entre los individuos y, en particular, un modo –no excluyente ni exclusivo– de relacionarse éstos entre sí mediante la co-pertenencia a un grupo y la defensa de elementos y objetivos comunes al mismo. Esta co-pertenencia les identificaría y les diferenciaría frente a la abstracción, al vacío antropológico y a la injusticia social de las estructuras sociales que homologan universal y formalmente a los seres humanos. Es desde esta óptica que, según la autora, cabría la defensa de los derechos colectivos. Ídem, pp. 41-42. También A. E. Pérez Luño –desde su posición más reticente a la existencia de un cambio de paradigma– establece una escisión entre (i) una corriente comunitarista que, a su juicio, «desea recuperar los valores de la modernidad y de la ilustración a través de una lectura en clave comunitaria que intenta evitar la interpretación individualista» y que estaría representada por C. Taylor y M. Walzer– y (ii) otra que, defendida por A. MacIntyre, «reivindica una vuelta a la tradición aristotélica en cuanto opuesta a la modernidad y defiende un proyecto anti-ilustrado nostálgico de la concepción premoderna de la comunidad». PÉREZ LUÑO, A. E. “Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?”, cit., pp. 43-44. A su juicio, el *ethos* social puede ser un marco de referencia más adecuado

alternativos de los presupuestos modernos o como simples correctores de sus insuficiencias y errores²³⁴. Como puede intuirse, muchos de estos presupuestos epistemológicos no resultan del todo ajenos en la elaboración intelectual de muchos derechos sociales o en algunos discursos doctrinales defensores de esta categoría de derechos –y, en especial pero no exclusivamente, de los derechos culturales de pueblos y minorías–. En esa medida, podría aventurarse que para la autora algunos de los elementos de la construcción de esta categoría de derechos se insertarían en esa situación de tránsito entre la modernidad y la postmodernidad.

2. El proceso de especificación y la universalidad de los derechos humanos:

Por lo tanto, parece que los derechos sociales derivan algunos de sus rasgos en cuanto a la titularidad del proceso de especificación. Pero ¿es esa especificación exclusiva de los derechos sociales? Lo cierto es que, precisamente por este cambio histórico, es frecuente contraponer los derechos civiles y políticos a los derechos sociales: así, los primeros serían todavía del hombre abstracto y racional –de todos–, mientras que los segundos se habrían especificado en las formas ya señaladas²³⁵. De hecho, la enunciación de la pregunta anterior no suele ser inocente: al hilo de la renovación de la concepción liberal de los derechos humanos a la que antes se ha hecho referencia, en la actualidad numerosos intelectuales han cuestionado el que los derechos sociales sean verdaderos derechos a pesar de su reconocimiento jurídico –por no mencionar ya la de los derechos culturales, muchos todavía en proceso de positivación–. Pues bien, la especificación de los derechos sociales frente a los derechos civiles y políticos a menudo remite al debate sobre la universalidad de los derechos humanos y se presenta precisamente como un escollo para defender su condición de tales.

Queda lejos de los propósitos de este trabajo ofrecer una idea en detalle sobre el rasgo de la universalidad y sus implicaciones, pues sin duda es una de las nociones que más han dado de qué hablar entre la doctrina²³⁶. No obstante, se ofrecerán unas pinceladas básicas sobre la

que la moral individual para plantearse los problemas jurídico-políticos contemporáneos, pero esta aceptación no debería hacerse extensiva a las posiciones más conservadoras del comunitarismo. Ídem, p. 44.

²³⁴ FARIÑAS DULCE, M^a J. *Los derechos humanos: desde la perspectiva socio-jurídica a la "actitud posmoderna"*, cit., p. 30.

²³⁵ PRIETO SANCHÍS, L. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", cit., p. 16. También J. L. Rey Pérez entiende que esas diferencias existen, lo que no significa que por ellas los únicamente los derechos civiles sean los auténticos derechos. REY PÉREZ, J. L. "La naturaleza de los derechos sociales", cit., p. 151.

²³⁶ A la universalidad se han dedicado numerosísimas obras. Basta simplemente como ejemplo, las siguientes: BARRANCO AVILÉS, M^a C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit.; DE CASTRO CID, B. "La universalidad de los derechos humanos: ¿dogma o mito?". *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 1995, núm. 5, pp. 385-404; DE LUCAS, J. "Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)". *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 1994, núm. 3, pp. 259-312; GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. "¿Son los derechos humanos universales?" *Anuario de Filosofía del Derecho*. 1998, núm. XV, pp. 49-78; LAPORTA, F. J. "El concepto de derechos humanos". *Doxa*. 1987, núm. 4, pp. 23-46; MEGÍAS QUIRÓS, J. J. "Dignidad, universalidad y derechos humanos". *Anuario de Filosofía del Derecho*. 2005, núm. XXII, pp. 247-263; PECES-BARBA, G. "La universalidad de los derechos

universalidad atribuida a los destinatarios de los derechos humanos en lo que a su relación con los derechos sociales y el proceso de especificación respecta²³⁷.

(i) *La universalidad material como rasgo de todos los derechos humanos*

Puede decirse que un representante clave de la tesis de la universalidad de los derechos humanos como rasgo definitorio es M. Cranston. Según éste, los derechos humanos son derechos morales de todas las personas en todas las situaciones y en todos los tiempos²³⁸. Por eso –dice– los nuevos derechos sociales reconocidos por la DUDH no pasarían el test de la universalidad, en tanto que serían derechos (morales) que pueden ser reclamados por los miembros de una clase específica por el hecho de pertenecer a esa clase. Un ejemplo, a estos efectos, sería el del derecho a vacaciones pagadas, que pertenecería a la categoría de los empleados²³⁹. En España, otro representante de esta idea en algunas de sus obras sería F. J. Laporta. Para este autor, *si se acepta* la caracterización tradicional de los derechos humanos, éstos son universales *en sentido material*²⁴⁰. La universalidad material se distinguiría de la universalidad lógica en lo siguiente:

- La universalidad puramente lógica permite incluir en el enunciado universal –señala F. J. Laporta– cualquier circunstancia del caso, condición del sujeto y características del contexto. Un ejemplo de enunciado universal en sentido lógico sería el siguiente: «Para todo X, tal que X esté en la circunstancia A, cumpla la condición B y viva en el contexto C, X tiene derecho a...»²⁴¹.
- En cambio, la universalidad material determina materialmente a los sujetos susceptibles de ser destinatarios de derechos humanos. Titulares de derechos humanos ya no serán *todos y cada uno* de los integrantes de una clase cualquiera. Cuando se trata de derechos humanos, resulta suficiente con que se cumpla el requisito mínimo de ser un “ser humano” para que se puedan adscribir estos derechos; la clase, con los derechos humanos, es la clase “ser humano”. Por eso, la universalidad material exige hacer caso omiso de las circunstancias, condiciones y contextos que puedan rodear a los seres humanos, en la medida en que los derechos humanos tienen vocación de ser adscritos a todos al margen de esas contingencias vivenciales y contextuales: «Para todo X, tal que

humanos”. *Tiempo de paz*. 1999, núm. 52-53, pp. 180-190; PÉREZ LUÑO, A. E. “La universalidad de los derechos humanos”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. 1998, núm. XV, pp. 95-110.

²³⁷ Puede decirse que la universalidad tiene dos grandes sentidos, en parte relacionados: (i) uno de ellos es el relativo (como se ha dicho) a los destinatarios de los derechos humanos; (ii) el otro se refiere a la validez universal de la teoría de la justicia basada en derechos humanos, según resume M^a. C. Barranco. BARRANCO AVILÉS, M^a. C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit., p. 13. Por su parte, B. de Castro Cid distingue más dimensiones en la universalidad: (i) subjetiva; (ii) cultural; (iii) objetiva o material; (iv) cronológica y (v) política. DE CASTRO CID, B. “La universalidad de los derechos humanos: ¿dogma o mito?”, cit., pp. 389-391.

²³⁸ CRANSTON, M. “Human Rights, Real and Supposed”. En: RAPHAEL, D. D. (ed.). *Political theory and the rights of man*, cit., p. 49.

²³⁹ Ídem, pp. 51 y 53.

²⁴⁰ LAPORTA, F. J. “El concepto de derechos humanos”, cit., p. 32: «El primero de los rasgos formales que se predicán de los derechos humanos es la *universalidad*. Naturalmente ello no puede hacer alusión a un simple predicado lógico-formal porque entonces sería irrelevante».

²⁴¹ *Ibidem*. Recuérdese a estos efectos el requisito de la individualización del derecho que plantea este autor. Los derechos se atribuirían a *todos y cada uno de los integrantes de una clase*.

X sea “ser humano” (cualquiera que sea su contexto y circunstancia), X tiene derecho a...»²⁴².

Al igual que sucedía con la concepción liberal de los derechos explicada en el capítulo 2, F. J. Laporta llega a la conclusión de que el estado de cosas protegido por los derechos humanos debe poder ser predicado de todos y cada uno de los seres humanos, lo que sólo es posible mediante una gran abstracción de los rasgos de la experiencia y de los contextos vitales particulares de los seres humanos en concreto: de lo contrario, señala este autor, el estado de cosas susceptible de protección no sería realmente universal²⁴³.

Parece claro que, si se sigue esta caracterización de la universalidad como rasgo de los derechos humanos, buena parte de los derechos sociales no podría ser considerada perteneciente a éstos: por supuesto, no aquéllos que sean derechos colectivos en sentido estricto, pero tampoco los derechos surgidos del proceso de especificación.

(ii) Principales tipos de reacciones frente a esta tesis

Este tipo de reflexiones no han dejado indiferentes a la mayoría de los autores, que se han pronunciado en diversos sentidos. A grandes rasgos, podría decirse que algunos de ellos han rechazado que la universalidad sea un rasgo esencial del concepto mismo de derechos humanos; otros, en cambio, han cuestionado que los propios derechos civiles y políticos se ajusten a este rasgo y/o han optado por redefinir la universalidad en términos diferentes a los anteriormente expuestos.

En el primer sentido podrían incluirse, con matices, las consideraciones de R. de Asís al hilo de lo que él denomina como *paradoja de la especificación*. En efecto, para este autor el proceso de especificación en la historia se plantea frente a la universalidad, produciéndose una

²⁴² *Ibidem*. Si esto es así, indica F. J. Laporta, parece menos controvertido ubicar a los derechos humanos en el plano de la moralidad –como *derechos morales*– y no en el jurídico-positivo, dado que en este último la adscripción de derechos depende, como mínimo, de la circunstancia de estar sujeto a ese ordenamiento. De hecho, este último obstáculo ha llevado a algunos autores, como L. Prieto Sanchís, a decir que los derechos fundamentales de un determinado ordenamiento jurídico no son –en un sentido descriptivo– derechos universales, salvo que se reformule la universalidad para que cubra no a todas las personas, sino a todas las personas *dependientes de la jurisdicción de un país*. PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 80. Ni aún reformulando así la universalidad –sostiene L. Prieto Sanchís– cabría decir que los derechos fundamentales de la constitución española de 1978 son universales, pues en numerosas ocasiones los derechos no pueden ser disfrutados por todos –al estar reservados a ciertas clases de personas (*e.g.*, españoles, trabajadores, personas mayores, etc.)– y, por tanto, no interesan por igual a todas las personas. *Ibidem*, pp. 81-82.

²⁴³ LAPORTA, F. J. “El concepto de derechos humanos”, cit., p. 34: «¿Qué rasgo o posición o situación [o] aspecto o estado de cosas puede ser predicado del “ser humano” al margen de su contexto empírico individual? Éste es [el] problema básico de los derechos humanos: al tener que prescindir de la circunstancia empírica de los individuos en virtud de ese rasgo de universalidad se ve obligado a diseñar los derechos en términos de una gran abstracción, porque un catálogo excesivamente minucioso y concreto corre el peligro inmediato de ser inaplicable en determinados contextos culturales». En opinión de F. J. Laporta, esa *descontextualización* de los derechos humanos los desvincularía de concretas instituciones éticas, de culturas históricas y de escuelas filosóficas o religiosas y constituiría un paso hacia la superación de las moralidades positivas locales en favor de una ética común y general. *Ibidem*, pp. 33-34. Una interpretación de F. J. Laporta en este sentido puede encontrarse en PECES-BARBA, G. “La universalidad de los derechos humanos”, cit., p. 182. Aquí se puede ver la conexión entre los dos grandes sentidos de la universalidad señalados en la nota a pie 237.

contraposición entre la teoría general sobre los derechos y su aplicación particular: si se dice que los derechos son universales, ¿por qué algunos corresponden a situaciones precisas y a personas precisas? Pues bien, de la paradoja de la especificación se desprendería que la universalidad puede predicarse de *algunos* derechos, pero no como elemento característico del concepto general de derechos humanos²⁴⁴.

No obstante –matiza el autor– lo anterior no supone que los derechos específicos carezcan de justificación ética, pues siguen cumpliendo el rasgo de la generalización. Este último constituiría uno de los criterios esenciales del ámbito ético y, para R. de Asís, no sería otra cosa que operar a través del principio de universalización kantiano: no debe reconocerse como pretensión moral justificada algo que no sea susceptible de generalización. En el caso de los derechos que resultan del proceso de especificación este principio se cumple, ya que esos derechos se atribuyen a *todos* los niños, *todas* las personas mayores, *todas* las personas con discapacidad, etc. Lo que es más: mediante estos derechos se buscaría el mayor desarrollo de los derechos humanos, su mayor eficacia, al estar dirigidos a personas o colectivos cuyas circunstancias concretas les sitúan en desventaja respecto a determinados bienes que otros colectivos sí tienen satisfechos o protegidos²⁴⁵.

Otros, por su parte, han pretendido relativizar la universalidad en los términos expuestos. Para empezar –se dice–, porque como ya se ha visto los derechos civiles y políticos en sus primeras formulaciones estaban *contextualizados*, dado que la imagen subyacente del sujeto de derechos tan sólo era abstracta en apariencia²⁴⁶. Tanto es así, que esta contextualización permitía inicialmente restringir la atribución de derechos o su ejercicio a sujetos que no se consideraban personas a estos efectos. Posteriormente, ya se ha visto, esas restricciones se han ido levantando y, con ello, muchos derechos se han ido generalizando en su titularidad. Sin embargo, desde algunas perspectivas es imposible alcanzar la imparcialidad de la que parten las consideraciones sobre la universalidad arriba expuestas²⁴⁷. Siguiendo la clasificación por modelos entre igualdad y diferencia propuestos por L. Ferrajoli, se estaría primero ante un caso de «diferenciación jurídica de las diferencias» –que permite construirlas como fuentes de privilegios y exclusiones– y luego en otro de «homologación jurídica de las diferencias»: en nombre de una abstracta afirmación de igualdad, las diferencias que conforman las

²⁴⁴ DE ASÍS ROIG, R. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, cit., pp. 77-78. De todos modos, el autor deja aquí abierto si lo que plantea realmente es una «ausencia» de universalidad o un «cambio de sentido» de ésta. Vid. también DE ASÍS ROIG, R. “Sobre los límites de los derechos”. *Derechos y libertades*: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. 1994, núm. 3, pp. 116-117: «Tradicionalmente los derechos fundamentales fueron presentados y configurados como universales. Sin embargo, esta característica ha desaparecido o, al menos, ha modificado su sentido».

²⁴⁵ DE ASÍS ROIG, R. “Sobre los límites de los derechos”, cit., pp. 114-121.

²⁴⁶ De todos modos, para L. Prieto Sanchís la abstracción y el formalismo no han de ser totalmente descalificados: «... la búsqueda de unos derechos atribuibles a todo hombre en general es también la búsqueda de unos derechos atribuibles a cada hombre en particular. Lo que ocurre es que no sucede lo mismo a la inversa, de modo que no todos los derechos que, tal vez, estaríamos dispuestos a reconocer en nuestro presente histórico pueden recibir una adecuada fundamentación desde un esquema de abstracta racionalidad». PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios de derechos fundamentales*, cit., p. 22. En otras palabras, las necesidades y pretensiones del hombre concreto comienzan por las del hombre abstracto. PRIETO SANCHÍS, L. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., p. 16.

²⁴⁷ Es el caso, por ejemplo, de I. M. Young en YOUNG, I. M. *Justice and the politics of difference*, cit., pp. 102 y ss. Vid. también BARRANCO AVILÉS, M^a. C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit, p. 28.

identidades personales son reprimidas, anuladas o desvalorizadas en tanto en cuanto se alejan de aquella identidad asumida como normal y normativa. Pero, precisamente porque las diferencias son ignoradas en Derecho, su existencia penaliza de hecho a las personas que no se ajustan al modelo²⁴⁸. Además –se dice–, muchos de los derechos civiles y políticos ya estaban especificados en el sentido “fuerte” en que a veces se aplica esta idea a los derechos sociales: aparte del ejemplo claro –que entraría, por lo demás, entre las exclusiones anteriores– de los derechos de los ciudadanos²⁴⁹, muchos autores aluden a las garantías procesales –reservadas para quienes estén acusados o sometidos a un proceso– e incluso a la libertad de culto²⁵⁰.

Para G. Pisarello, hoy en día no se pueden plantear diferencias radicales entre los derechos civiles y políticos, de una parte, y los sociales, de otra. Al hilo del proceso de especificación, también los derechos civiles y políticos se habrían *especificado*. Después de todo, recuérdese que el cambio generacional de derechos no sustituye a la generación anterior pero sí puede transformarla –lo mismo que el paradigma del Derecho social podía afectar a la regulación jurídica en general–:

... la crítica al individualismo formalista propio de las lecturas burguesas de los derechos se tradujo no sólo en la «aparición» de derechos específicos en el ámbito del trabajo, de la vivienda, de la educación o de la salud, sino también en la «socialización», y con ello en la especificación de los propios derechos civiles y políticos²⁵¹.

Así, señala, derechos civiles como la intimidad, la libertad de expresión o la libertad ideológica han ido penetrando en ámbitos como la fábrica, la escuela o la familia. En otras palabras, estos derechos pueden articularse bien como derechos universales, bien como derechos específicos²⁵². Lo mismo sucedería con los derechos sociales: aunque en principio vinculados a grupos vulnerables por diversas razones, los bienes y necesidades que éstos protegen podrían ser de interés potencial para todas las personas, como demuestra el hecho de que muchos de ellos se hayan generalizado a todos con independencia de su vinculación al trabajo o de la insuficiencia de recursos económicos. Por estos motivos, G. Pisarello considera fundamentado

²⁴⁸ FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., pp. 74-75.

²⁴⁹ B. de Castro Cid le reprocha a F. J. Contreras Peláez el que éste siga la tesis tradicional de oponer en cuanto a su abstracción los derechos sociales a los derechos civiles y políticos, ignorando –dice– que también los derechos civiles y políticos estaban originalmente contextualizados: «... lo único que me parece prudente pensar, en este aspecto, es que lo que diferencia a los derechos sociales de los derechos civiles y políticos no es el carácter abstracto o concreto del hombre al que se atribuyen, sino el hecho de que, reconociéndose ambos a un mismo sujeto (= el hombre-ciudadano), el número y el tipo de circunstancias contextualizantes que se toman en consideración en cada caso varía. Pero eso ha ocurrido simplemente porque ha cambiado el prototipo del hombre-ciudadano: fundamentalmente propietario en el momento de las revoluciones liberales, fundamentalmente trabajador por cuenta ajena en la época de los derechos sociales». DE CASTRO CID, B. “Caracterización y fundamentación de los derechos sociales: reflexiones sobre un libro de F.J. Contreras”, cit., p. 682.

²⁵⁰ AÑÓN ROIG, M^a. J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 64: «Si se plantea el test de la universalidad de los derechos en términos estrictos, muchos derechos civiles y políticos no podrían ser considerados derechos universales: el derecho a la tutela judicial efectiva sólo lo sería de los acusados, el derecho a pertenecer a partidos políticos no sería un derecho universal porque excluiría a los políticamente indiferentes, etc.». Vid. también CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 37.

²⁵¹ PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit., p. 74.

²⁵² A muchos de estos derechos especificados se los denomina por algunos autores como “derechos cotidianos” y se les atribuye una función instrumental para la efectiva realización de otros derechos. ARA PINILLA, I. *Las transformaciones de los derechos humanos*, cit., pp. 138-141; RODRÍGUEZ PALOP, M^a. E. *La nueva generación de Derechos Humanos: origen y justificación*, cit., pp. 34-35.

pensar ambas categorías como derechos potencialmente universales y como derechos específicos vinculados a grupos concretos²⁵³.

Aunque subyacente en algunas de estas reflexiones, varios son los autores que han tratado de redefinir la universalidad. Para empezar, algunos han recurrido al expediente de la universalidad *en sentido lógico*, que de algún modo plantea en términos lógico-normativos lo que R. de Asís planteara sobre la generalidad en términos éticos. Por ejemplo, C. Lema Añón sostiene que algunos derechos sociales –«quizá la mayoría»– son atribuibles a todos los seres humanos; sin embargo, también los derechos específicos serían universales en cuanto a sus titulares, ya que éstos serían *todos* los pertenecientes a la clase de individuos especificada. Después de todo –señala–, también los seres humanos conformarían una *clase*²⁵⁴. Y así, concluye lo siguiente:

El rasgo de la universalidad en cuanto a los titulares viene dado [...] por el hecho de que los titulares sean todos los individuos pertenecientes al conjunto definido por el derecho, sin excepción, no porque ese conjunto necesariamente se identifique con la humanidad. Naturalmente muchos de los derechos humanos siguen teniendo como titulares a todos los seres humanos (presentes), pero el rasgo de la universalidad no lo exige²⁵⁵.

Otras veces, lo que se hace es interpretar la universalidad no en sentido “fuerte”, como se ha dicho antes, sino en sentido “débil”, como rasgos y situaciones *posibles, potenciales*, de la existencia humana: así, no sólo los derechos sociales se considerarían potencialmente universales, sino que también lo serían los derechos civiles antes cuestionados, puesto que todo el mundo puede caer enfermo, ser acusado, pertenecer a una religión, convertirse en trabajador o tener alguna discapacidad: «La universalidad concierne a la titularidad del derecho, no a su ejercicio»²⁵⁶.

Pero, generalmente, la tendencia más habitual es la de remitir la universalidad a otro nivel distinto del derecho específico en cuestión. Así, resulta frecuente referirse a muchos derechos sociales como derechos *instrumentales* de otros que sí presentarían el rasgo de la universalidad, como por ejemplo hace C. S. Nino: derechos como el de asistencia médica o el de pensión remitirían así, respectivamente, al derecho a la salud y al de contar con medios mínimos de subsistencia²⁵⁷. En el caso de F. J. Contreras Peláez, la remisión sería a un objetivo superior: satisfacer las necesidades de todos los hombres, lo que obliga a diversificar las

²⁵³ PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit., pp. 74-75.

²⁵⁴ LEMA AÑÓN, C. “Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, cit., pp. 182-185.

²⁵⁵ Ídem, p. 184. El subrayado es de la autora. Paradójicamente, F. J. Laporta también defiende una solución parecida en otra obra en relación con los derechos sociales, a pesar de que en obras anteriores ha calificado este recurso a la universalidad en sentido lógico de «irrelevante»: «Se afirma a veces que como el título a ellos consiste en determinadas situaciones vitales particulares (trabajo, vejez, enfermedad, etc.) no son universales en sentido estricto, como lo son las libertades. Esto me parece simplemente una confusión entre el *sujeto de la norma* y su *condición de aplicación* (en terminología de von Wright)». LAPORTA, F. J. “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, cit., p. 304.

²⁵⁶ CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 38; RUIZ MIGUEL, A. “Derechos liberales y derechos sociales”, cit., p. 663. Recuérdese también a estos efectos lo señalado en el apartado I.3.(i) de este capítulo sobre cómo para algunos la concreción de la persona afectaría al ejercicio y no a la titularidad.

²⁵⁷ NINO, C. S. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, cit., pp. 41-42.

estrategias de protección y diseñar derechos contextualizados, versátiles y multiformes que permitan cubrir las necesidades de las personas en esas circunstancias concretas a las que se ha hecho referencia²⁵⁸. En este sentido, como señalan M^a. J. Añón *et al.*, la universalidad de los derechos sociales significaría simplemente que cuando un sujeto se encuentre en una situación de necesidad real o potencial será debidamente protegido por el Derecho²⁵⁹.

Para G. Peces-Barba, el rasgo de la universalidad se predica de la moralidad genérica que respaldaría al *conjunto* de los derechos fundamentales y no de cada derecho en particular. Esta moralidad genérica no es otra que la idea de dignidad kantiana –que predica que el ser humano sea considerado como un fin en sí mismo– y los grandes valores de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad. Se trata así de que los seres humanos puedan tener unas condiciones de vida social que les permitan alcanzar la libertad o autonomía moral²⁶⁰. En el caso de los derechos civiles y políticos, esa universalidad constituye un punto de partida, derivado de la afirmación de que todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos, equiparando el ser y el deber ser²⁶¹. En el caso de los derechos específicos, sin embargo, esa equiparación entre ser y deber ser no se produce. La constatación de que determinados colectivos se sitúan en condiciones de inferioridad en relación con el resto de la población provoca que la moralidad genérica se perciba ya no como un punto de partida, sino como una meta, un punto de llegada²⁶².

3. La articulación de la igualdad formal y la igualdad material:

Como se desprende de estas últimas reflexiones, la realización de los derechos abstractos a los que sirven los derechos instrumentales o la consecución de la universalidad predicada de la satisfacción de necesidades básicas o de la igual dignidad parecen requerir *estrategias diferenciadas*. Y es que, como señala M^a. C. Barranco, la igualdad formal que no atiende a las circunstancias particulares en las que pueden verse los sujetos de los derechos –cabría decir, incluida su adscripción a determinados grupos– puede perpetuar situaciones de dominación y explotación –de instrumentalización en fin– incompatibles con la predicada idea de igual dignidad²⁶³. De este modo –añade–, no debería confundirse la universalidad de los derechos

²⁵⁸ CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., p. 25: «El “particularismo” de los derechos sociales es exclusivamente instrumental; bajo ese polimorfismo estratégico subyace un imperativo ético de alcance universal: rescatar a *todos* los hombres del hambre, la miseria y la ignorancia».

²⁵⁹ AÑÓN ROIG, M^a. J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 64.

²⁶⁰ PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 311.

²⁶¹ Ídem, p. 316.

²⁶² Ídem, pp. 316-317. En línea semejante parece situarse M^a. C. Barranco cuando señala: «... la la universalidad ya no se presenta como un hecho, sino como una aspiración. // La universalidad de los derechos es rescatable en la medida en que suponga que se trata de un instrumento que pretende salvaguardar por igual la dignidad de todas las personas». BARRANCO AVILÉS, M^a. C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit, p. 15.

²⁶³ BARRANCO AVILÉS, M^a. C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit, p. 14. O, como reconoce A. E. Pérez Luño: «... la igualdad entendida mecánicamente y aplicada de manera uniforme como un criterio formal y abstracto podría degenerar en una sucesión de desigualdades reales». PÉREZ LUÑO, A. E. “Igualdad”. En: TAMAYO-ACOSTA, J. J. (dir.). *10 palabras clave sobre derechos humanos*. Estella (Navarra): Verbo Divino, 2005, p. 134.

humanos con su *uniformidad*²⁶⁴.

Para L. Prieto Sanchís, de hecho, los derechos sociales –o, más concretamente, los “derechos de prestación en sentido estricto”²⁶⁵– son ante todo manifestación de la igualdad en sentido material, real o sustancial, en tanto que se parte de la esfera desigual de las relaciones sociales. Se trata de derechos a gozar de un régimen jurídico diferenciado en atención a una *desigualdad de hecho* que trata de ser limitada o superada. A juicio del autor, todos los derechos prestacionales constituyen expresiones concretas de la igualdad sustancial, dado que suponen un dar o un hacer a favor de algunos individuos según ciertos criterios que, necesariamente, introducen desigualdades normativas. El logro de la igualdad real –prosigue– sólo puede tomar como referencia al hombre concreto, ya que sólo él –no así el hombre abstracto– puede sufrir una desigualdad fáctica²⁶⁶.

Las anteriores reflexiones impulsan a detenerse un poco más en el valor de la igualdad y su funcionamiento, ya que se trata de un valor complejo que incorpora numerosas facetas y al que tan sólo se ha hecho una breve referencia en el capítulo 2 al hablar de la recuperación del valor de la solidaridad propuesta por el socialismo democrático. En particular, cabe precisar un poco más lo que puede entenderse por igualdad formal y sus relaciones con la igualdad material, aunque se advierten matices entre los diversos autores consultados.

Para empezar, como señala A. E. Pérez Luño:

Desde un punto de vista *lógico*, el concepto de *igualdad* significa la coincidencia o equivalencia parcial entre diferentes entes. Esta categoría es distinta de la *identidad*, que entraña la coincidencia absoluta de un ente consigo mismo, y de la *semejanza*, que evoca la mera afinidad o aproximación entre diferentes entes²⁶⁷.

Y así, el razonamiento de igualdad parte de una pluralidad de personas, implica una dimensión relacional entre ellas y se explicita en una comparación de la que se deducen equivalencias pero también diferencias entre unos y otros²⁶⁸. Estas dimensiones tendrían un indudable papel en relación con la igualdad formal o ante la ley, que se despliega en el Derecho como un valor que *prescribe* cómo deben ser tratados los seres humanos. Frente a la igualdad formal, la igualdad material –a la que antes hacía referencia L. Prieto Sanchís– constituye la igualdad en la vida real social, en las relaciones sociales²⁶⁹.

Se dice que la igualdad formal o ante la ley –que en la constitución española se refleja principalmente en el art. 14– tiene tres manifestaciones principales: (i) igualdad como generalización, (ii) igualdad de procedimiento e (iii) igualdad de trato formal²⁷⁰.

La primera de ellas exige que la ley sea la misma para todos –excluyendo las inmunidades y privilegios de ciertas personas dispensadas de su cumplimiento– y prohíbe las normas *ad*

²⁶⁴ BARRANCO AVILÉS, M^a. C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit, p. 12.

²⁶⁵ Vid. nota al pie 202.

²⁶⁶ PRIETO SANCHÍS, L. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., pp. 17 y 22.

²⁶⁷ PÉREZ LUÑO, A. E. “Igualdad”, cit., p. 122. En cursiva en el original.

²⁶⁸ Ídem, pp. 122-123.

²⁶⁹ Ídem, pp. 123-125; PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 284.

²⁷⁰ PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 284-285. A. E. Pérez Luño también realiza una reconstrucción similar a la de G. Peces-Barba, aunque no idéntica: en lugar de hablar de la igualdad de trato formal, habla directamente de la igualdad como equiparación y la igualdad como diferenciación, a las que se va a hacer inmediata referencia.

*personam*²⁷¹. Como señala F. J. Laporta, una norma es general cuando se dirige a una *clase* o *tipo* de destinatarios y no a un destinatario individualizado: es, por eso, una cuestión de grado²⁷². La *generalidad*, vinculada a la seguridad jurídica, se ha asociado en el pensamiento ilustrado a la abstracción y universalidad de las normas –entendida como uniformidad–²⁷³, pero de la definición anterior puede verse que abarca también a normas más específicas²⁷⁴. De todos modos, a veces se ha caracterizado este principio como «la exigencia de un trato igual de situaciones que se consideran iguales»²⁷⁵.

La *igualdad de procedimiento* o «igualdad como exigencia de regularidad en el procedimiento» supone la existencia de un mismo procedimiento para todos y se traduce a menudo en el derecho fundamental a la jurisdicción, a un procedimiento y a un juez predeterminados por la ley. Algunos autores, como A. E. Pérez Luño, incluyen aquí la igualdad en la aplicación de la ley, que obliga a los poderes públicos a no diferenciar de forma *arbitraria* en la aplicación de la ley en supuestos de hecho similares²⁷⁶.

Finalmente, la *igualdad de trato formal* incluiría dos dimensiones:

... aquellas situaciones donde diferencias o desigualdades en las condiciones que forman el presupuesto de hecho de la norma no tienen trascendencia para justificar un trato desigual (igualdad de trato formal como equiparación), o sí la tienen (igualdad de trato formal como diferenciación)²⁷⁷.

Y así, la *igualdad de trato como equiparación* «supone el trato igual de lo que no lo es en el plano fáctico pero se estima que jurídicamente debe serlo»²⁷⁸ o, como ha señalado G. Peces-Barba, «con este criterio no se puede tratar desigualmente a los desiguales»²⁷⁹. Para ser más precisos, indica L. Prieto Sanchís que mantener que dos sujetos –uno de ellos, un *tertium comparationis*– merecen un trato jurídico igual implica valorar como *relevante* una característica común a efectos de cierta regulación y *abstraerse* tanto de (i) los elementos

²⁷¹ PÉREZ LUÑO, A. E. "Igualdad", cit., pp. 128-129.

²⁷² LAPORTA, F. J. *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007, pp. 88-89. Así, será más general una norma cuyos destinatarios sean, por ejemplo, "todos los habitantes de un país", que una norma que se dirija a "los mayores de edad" y ésta de otra a "los mayores de 65 años", etc., pero todas ellas serán generales en los términos aquí enunciados.

²⁷³ BARRANCO AVILÉS, M^a. C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit., p. 34.

²⁷⁴ Y así, por ejemplo, aunque G. Peces-Barba asocia la generalidad de las normas a aquellas dirigidas al *homo iuridicus*, señala que también quedan cubiertas aquellas cuyo supuesto de hecho se acote siempre que abarque a todos los que se encuentran en esa situación y regule la consecuencia jurídica de manera igual. PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 284.

²⁷⁵ PÉREZ LUÑO, A. E. "Igualdad", cit., p. 130.

²⁷⁶ Ídem, pp. 138-139. G. Peces-barba, sin embargo, incluye la igualdad en la aplicación de la ley en la igualdad de trato formal, como representativo del supuesto de que hay que tratar igual a los iguales. PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 285. El Tribunal Constitucional ha dedicado a la igualdad en la aplicación de la ley abundantes sentencias, entre las que cabría destacar por ejemplo la núm. 144/1988, de 12 de julio o la núm. 145/1997, de 15 de septiembre.

²⁷⁷ PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 285. Por lo tanto, la igualdad de trato formal ante la ley no supone el mantenimiento de la regla aristotélica según la cual «hay que tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales», sino que se trata de un planteamiento más complejo. En cambio, L. Prieto Sanchís parte precisamente de esta premisa en su análisis del principio de igualdad. PRIETO SANCHÍS, L. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", cit., p. 29.

²⁷⁸ PÉREZ LUÑO, A. E. "Igualdad", cit., p. 130.

²⁷⁹ PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 285.

diferenciadores de los sujetos como de (ii) otros ámbitos de regulación, que serían *irrelevantes*²⁸⁰. Y así, esta dimensión de la igualdad de trato formal se manifestaría de dos formas, según G. Peces-Barba: «positivamente, equiparando a personas que se distinguen por esas condiciones que no se consideran relevantes; y negativamente, no discriminando por las mismas razones»²⁸¹.

Ahora bien, junto con esos elementos que se consideran irrelevantes para determinar un trato normativo diferenciado, existen otros –a veces los mismos– que en determinadas ocasiones o ámbitos sí pueden considerarse relevantes para justificar e incluso exigir ese trato²⁸². En ocasiones, la concurrencia de circunstancias consideradas relevantes a estos efectos ha dado pie a la restricción de la titularidad o ejercicio de algunos derechos, pero en otras ha dado lugar al reconocimiento de los derechos fundamentales específicos a los que se ha estado haciendo referencia en este apartado²⁸³, así como –en un plano más legislativo– a medidas de igualación positiva y acciones positivas, medidas que se diferencian por la menor y mayor importancia respectivamente del factor grupal: en efecto, según D. Giménez Gluck, (i) las medidas de igualación positiva están basadas en rasgos objetivos de inferioridad social *individuales* y tienen la finalidad de compensar la desigualdad material que sus beneficiarios sufrirían desde el punto de vista individual; (ii) en cambio, las medidas de acción positiva favorecen a los miembros de colectivos históricamente minusvalorados en la sociedad *por su mera pertenencia al colectivo –i.e., con independencia de sus circunstancias individuales–*, pues presuponen que la mera posesión del rasgo que caracteriza al grupo ya coloca a sus miembros en una situación de discriminación social²⁸⁴. En relación con estas personas y

²⁸⁰ PRIETO SANCHÍS, L. “Igualdad y minorías”, cit., pp. 30-31; PRIETO SANCHÍS, L. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., p. 24.

²⁸¹ PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 286.

²⁸² Ahora bien, señala L. Prieto Sanchís que el deber de justificación del juicio de igualdad –finalidad constitucionalmente admisible de la norma y razonabilidad y proporcionalidad de la medida– pesa especialmente sobre las desviaciones de la igualdad y no tanto sobre la equiparación, puesto que se presume que los mandatos del legislador persiguen fines valiosos que deberían, en principio, vincular a todos. PRIETO SANCHÍS, L. “Igualdad y minorías”, cit., p. 32; PRIETO SANCHÍS, L. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., p. 26. Con todo –según han puesto de manifiesto algunos constitucionalistas–, aun cuando se establecen diferencias de trato, el control de la legislación se realiza como regla general mediante un «juicio de mínimos», en el que los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad se interpretan de manera flexible y partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes. Vid. GIMÉNEZ GLUCK, D. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2004, pp. 122 y 139-140.

²⁸³ Señala N. Bobbio que esto sucede especialmente con los derechos sociales (aunque también con los derechos políticos): «... la atribución de los derechos sociales hay que tener en cuenta las diferencias específicas, que son relevantes para distinguir un individuo de otro, o mejor, un grupo de individuos de otro. Lo que indica el artículo 3 de la constitución, [...] de que todos los ciudadanos son iguales sin distinción de “condiciones personales y sociales” no es cierto respecto a los derechos sociales, porque ciertas condiciones personales y sociales son ciertamente relevantes en la atribución de estos derechos. [...] igualdad y diferencia tienen una relevancia según vengán en relación con derechos de libertad o con derechos sociales». BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 117-118.

²⁸⁴ GIMÉNEZ GLUCK, D. *Una manifestación polémica del juicio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 54-65. Es frecuente ver que los autores se refieran a estas últimas medidas como de «discriminación positiva» o «discriminación inversa», como es el caso de PRIETO SANCHÍS, L. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., p. 27-29. No obstante, otros –a los que se seguirá en el presente trabajo– prefieren utilizar el término de «acción positiva» para este tipo de medidas en general y dejar el de «discriminación inversa» para aquellas acciones positivas que consisten específicamente en cuotas

colectivos, como se ha avanzado, la uniformidad propia de la combinación de la igualdad como generalidad y de la igualdad de trato como equiparación podría perpetuar situaciones de desigualdad e instrumentalización. En este sentido, recuérdese la ya referida discriminación de grupos a la que se refería M^a. J. Añón y cómo para J. de Lucas la mera pertenencia a determinados grupos modifica las condiciones *reales* de conocimiento, ejercicio e incluso reconocimiento de los derechos individuales –de titular genérico–. Existen –afirma– derechos que son violados más frecuentemente en el caso de individuos que pertenecen a minorías, y no basta con recordar la condición de sujetos de derechos en tanto que *personas o ciudadanos* de sus miembros para evitar estas vulneraciones²⁸⁵.

Por eso, como ha señalado G. Peces-Barba, la *igualdad de trato formal como diferenciación* es un elemento de conexión con la *igualdad material o real*, puesto que la determinación de criterios relevantes en la configuración de normas jurídicas conecta con las reflexiones sobre criterios de redistribución general. Por eso, la igualdad material se afrontaría desde esta dimensión de la igualdad de trato formal²⁸⁶.

¿De qué tipo de igualdad material se está hablando? Algunos autores prefieren hablar de la igualdad de resultados²⁸⁷, mientras que otros lo hacen de la igualdad en el punto de salida²⁸⁸ –sin que a veces se aprecien demasiadas diferencias reales entre unos y otros–²⁸⁹. G. Peces-Barba ha entendido que se trata de una «igualdad para poder llegar a la meta»²⁹⁰, meta que no sería otra que la libertad o autonomía moral a que la se ha hecho referencia en la sección anterior –y que constituía el punto de partida para los derechos civiles y políticos y el punto de llegada para los derechos sociales–. En particular, el autor ha concebido la igualdad material

reservadas a los colectivos del art. 14 CE para acceder a bienes escasos de la sociedad –e.g., puestos de trabajo, plazas universitarias, listas electorales, etc.–. GIMÉNEZ GLUCK, D. *Una manifestación polémica del juicio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pp. 75-85.

²⁸⁵ En realidad, J. de Lucas está hablando de las minorías culturales, pero su discurso es perfectamente extrapolable a otros colectivos vulnerables: «Creo que está más clara la relevancia de la condición de miembro de una minoría si nos planteamos el procedimiento de protección de esos derechos; si se trata sin más de derechos individuales, bastaría con los instrumentos jurídicos generales atribuidos a esos derechos, pero es que aquí se arranca de una situación inicial de desigualdad, que afecta al conocimiento, a las posibilidades de ejercicio y de reclamación frente a las infracciones de esos derechos; precisamente se trata de que quienes pertenecen a esas minorías, por ese hecho, no se encuentran en igualdad de condiciones a ese respecto con los demás ciudadanos». DE LUCAS, J. “El racismo como coartada”, cit., p. 32. Vid. también DE LUCAS, J. *El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, cit., pp. 200-201.

²⁸⁶ PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 287.

²⁸⁷ En este sentido, A. Ruiz Miguel considera que los derechos sociales pueden ser vistos como «manifestaciones instrumentales para lograr el cumplimiento del derecho de toda persona –ésta ya si verdaderamente fundamental y, por tanto, plenamente universal– a una básica igualdad de resultados, esto es, a contar con unas iguales condiciones básicas de vida en relación con las de las personas mejor situadas». RUIZ MIGUEL, A. “Derechos liberales y derechos sociales”, cit., p. 663.

²⁸⁸ REY PÉREZ, J. L. “La naturaleza de los derechos sociales”, cit., pp. 155-156: «Los derechos sociales se construyen sobre el valor moral de la igualdad real, porque partiendo de la igualdad en la distribución de esos recursos que satisfacen nuestras necesidades, nos podemos situar en una igualdad en el punto de partida a partir de la cual seremos responsables de nuestras decisiones».

²⁸⁹ Lo que es más, como señala M^a. C. Barranco, medidas encaminadas a la igualdad de resultados y dirigidas a personas individuales pueden constituir el modo de conseguir la igualdad de oportunidades del grupo en su conjunto. BARRANCO AVILÉS, M^a. C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit., p. 38.

²⁹⁰ PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 289.

como la satisfacción de las necesidades básicas de aquellos que no las tienen aseguradas y que por ello se enfrentan a un serio obstáculo para poder alcanzar su autonomía moral; y así, la equiparación de estas personas a los que sí las tienen cubiertas sería una meta y la diferenciación mediante derechos específicos una técnica normativa para alcanzarla²⁹¹. En la constitución española, el objetivo de la igualdad material queda reflejado en el art. 9.2 al imponer a los poderes públicos la obligación de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»²⁹².

Como resultado de estas reflexiones sobre la igualdad de trato como equiparación y como diferenciación se desprende, por lo tanto, la necesidad de determinar los concretos *criterios de relevancia* que permitan determinar cuándo una desigualdad o diferencia resulta *irrelevante* y cuándo *relevante* para estipular un trato diferente. Y es que, como señala A. E. Pérez Luño: «Se trata, en suma, de no equiparar arbitrariamente aquellas cosas entre las que se dan diferencias relevantes o, por el contrario, de no establecer discriminaciones entre aquellas cuyas divergencias deban considerarse irrelevantes»²⁹³. Para G. Peces-Barba, el concepto de relevancia es difícil de generalizar en una construcción teórica, al no tratarse de situaciones de hecho sino de valoraciones que han de realizarse para determinar el ámbito de los contenidos normativos y de las consecuencias jurídicas; por eso, habría que estar en cada caso al buen sentido situado en un contexto histórico y a la ponderación de circunstancias²⁹⁴.

A estos efectos, el referido art. 14 CE prohíbe la discriminación «por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», rasgos que aluden a colectivos o sectores de la población que han estado históricamente discriminados y que todavía hoy en día experimentan una posición no sólo desventajosa sino contraria a la dignidad²⁹⁵. En estos casos el trato igualitario viene impuesto, salvo que se especifique mediante una carga suplementaria de argumentación la necesidad de un trato desigual²⁹⁶. Pero la importancia del contexto histórico y la ponderación de circunstancias también han llevado a incluir o a plantear la inclusión de algunos rasgos adicionales a los anteriormente referidos, que ahora pasan a ser considerados también como *irrelevantes* a la hora de

²⁹¹ Ídem, pp. 182 y 290-292.

²⁹² La identificación de la igualdad material con el art. 9.2 CE es comúnmente aceptada. Por ejemplo, véase PÉREZ LUÑO, A. E. "Igualdad", cit., p. 145; BARRANCO AVILÉS, M^a. C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit., p. 35. También lo cree L. Prieto Sanchís, aunque este autor considera que los derechos de igualdad sustancial también pueden construirse a partir del art. 14 CE. PRIETO SANCHÍS, L. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", cit., p. 17-18.

²⁹³ PÉREZ LUÑO, A. E. "Igualdad", cit., p. 132.

²⁹⁴ PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 286.

²⁹⁵ Así se afirma por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 128/1987, de 16 de julio (fundamento jurídico 5).

²⁹⁶ En estos casos, el juicio de igualdad pasaría de ser «de mínimos» a un «juicio estricto» (*strict scrutiny*), en el que se endurecen los parámetros anteriores: la finalidad ha de ser *constitucionalmente deseable* –ya no simplemente admisible– y, según D. Giménez Gluck, el Tribunal Constitucional parte de una fuerte presunción de inconstitucionalidad de la norma diferenciadora salvo que se pruebe lo contrario, al entender que lo que están en juego son situaciones similares y no diferentes. GIMÉNEZ GLUCK, D. *Una manifestación polémica del juicio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pp. 42-43.

establecer tratos diferenciados que limiten determinados derechos –de modo que estos últimos se generalicen–²⁹⁷.

Es también el devenir histórico el que ha ido determinando la percepción como efectivamente *relevantes* a efectos de un trato diferenciado de situaciones que, con anterioridad, recibían un trato igual y por el que –sin embargo– se penalizaban de hecho las diferencias existentes en tanto no se adaptasen al modelo “normal” y “normalizado”²⁹⁸. Para G. Peces-Barba, es el caso de los derechos de las mujeres, de los niños, de las personas con discapacidad, de los consumidores y usuarios –pero, también del resto de derechos sociales entendidos genuinamente como derechos específicos²⁹⁹–, que coinciden al sufrir una posición de inferioridad debido a razones culturales, sociales, físicas o situacionales³⁰⁰. También entraría aquí el debate sobre los derechos específicos y acciones positivas a favor de las personas pertenecientes a minorías, aunque como ya se ha visto a veces se plantean problemas cuando el objetivo es el mantenimiento de la diferencia cultural³⁰¹.

²⁹⁷ El propio Tribunal Constitucional ha incluido expresamente en la cláusula abierta de los rasgos sospechosos a las personas con discapacidad en su Sentencia núm. 269/1994, de 3 de octubre (fundamento jurídico 4). Otros rasgos (con los consecuentes colectivos) que se están protegiendo frente a la discriminación son la edad –personas mayores y niños–, la orientación e identidad sexual –colectivos LGTB–, la enfermedad –e.g., personas que viven con VIH–, la lengua –minorías lingüísticas–, etc. De este modo, puede verse cómo progresivamente se va generalizando en algunos países –o, por lo menos, se va abriendo el respectivo debate– el derecho al matrimonio a parejas no heterosexuales o los derechos políticos a los extranjeros y a los menores de edad. Se refiere a estos últimos casos BARRANCO AVILÉS, M^a. C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit., p. 35.

²⁹⁸ Así sucedía con el ya referido modelo de homologación jurídica de las diferencias descrito por L. Ferrajoli en FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., p. 75.

²⁹⁹ En particular, el autor ha mencionado aquí expresamente el derecho a la vivienda, a la seguridad social, a la educación básica y obligatoria y a la sanidad. En todos estos casos –dice– se partiría de una situación de desigualdad o diferencia considerada relevante, porque dificulta o impide el pleno desarrollo moral de las personas. Por eso, estos derechos utilizan necesariamente esa técnica de la igualdad de trato formal como diferenciación, pues mediante derechos genéricos que cubrieran a todos y no a quienes sufren la carencia no se alcanzaría la igualdad material de estas personas y colectivos. PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 182 y 292. A veces –continúa– estos derechos específicos se atribuyen por un tiempo determinado, bien durante una época de la vida que afecta a todas las personas –sería el caso de los derechos de los niños o de las personas mayores, por ejemplo–, mientras que concurren ciertas circunstancias personales –e.g., los derechos de las personas con discapacidad cuando se trata de discapacidades temporales– o hasta que se alcancen niveles sustanciales de igualdad y se pueda prolongar el proceso de generalización –para este autor, los derechos de las mujeres–. En otros casos, la protección subjetiva puede ser permanente –e.g., cuando se trata de discapacidades permanentes (aunque, cabría añadir, también podrían incluirse aquí los derechos de las mujeres cuando se trata de diferencias biológicas específicas, como la maternidad)–. Ídem, pp. 181-182.

³⁰⁰ Con todo, en ocasiones el autor da a entender que estos derechos referidos a colectivos en posición de inferioridad dependen *más* del valor de la solidaridad que de la igualdad, aunque en otras se sigue refiriendo a éstos como derechos de igualdad de trato formal como diferenciación. Ídem, pp. 181-182 y 287.

³⁰¹ Es el caso, por ejemplo, de L. Prieto Sanchís. Este autor rechaza la aplicación de técnicas promocionales a las minorías culturales, porque subvencionar su libertad religiosa o política –dice– sería subvencionar en última instancia las opciones éticas, políticas o religiosas que constituyen el resultado de su ejercicio y ello –desde el liberalismo igualitario que defiende– atentaría contra la idea de un Estado neutral para con las diversas concepciones de vida buena. Lo anterior no generaría problemas si las ayudas se repartiesen por igual entre todas las opciones, pero cualquier otro criterio –favorecer a la minoría o favorecer al grupo dominante– le resulta difícilmente justificable. Con todo, el autor está a

Con carácter general, estos derechos y medidas de acción positiva no se consideran discriminatorios a pesar de que puedan suponer un tratamiento diferenciado por razón de algunos de los rasgos sospechosos enunciados en el art. 14 CE, y ello precisamente porque van encaminados a garantizar la igualdad material de estos colectivos de conformidad con el art. 9.2 CE³⁰². Este objetivo los diferenciaría de aquellas medidas aparentemente protectoras que, sin embargo, parten de estereotipos –basados generalmente en la prioridad de un determinado modelo de ser humano– y perpetúan las desigualdades existentes incurriendo en discriminación³⁰³. Como advierte M^a. C. Barranco:

A veces, tras la atribución de derechos específicos encontramos una minusvaloración de lo que significa ser mujer, ser niño, mayor, o persona con discapacidad. Cuando se ha adoptado este punto de vista, se ha tratado de compensar esas “deficiencias” para que las personas que las “padecen” puedan aproximarse al titular abstracto. De algún modo, quienes comparten las características que sirven para la atribución de derechos específicos tienen un “menor valor”; tanto menor, cuanto menor sea el número de características compartidas³⁰⁴.

De todo ello se desprende la necesidad de combinar con algunos colectivos no sólo la prohibición de discriminación sino también el reconocimiento de derechos y/o medidas de acción positiva que reconozcan la concurrencia de circunstancias especiales que merecen un trato diferenciado. Por este motivo, la articulación de los arts. 9.2 y 14 CE en cada colectivo y circunstancia concreta debe realizarse con sumo cuidado.

Cabría plantear ahora una distinción que realizan algunos autores en cuanto a las circunstancias que pueden rodear al sujeto de los derechos o el tipo de grupos a los que éste

favor del trato diferente a las minorías culturales si sufren desigualdades de hecho o jurídicas frente al resto de la sociedad y cuyo objeto es eliminarlas –en cuyo caso se tratará de medidas transitorias y sustitutivas–. PRIETO SANCHÍS, L. “Igualdad y minorías”, cit., pp. 35-39. Véase también capítulo 3, apartado II.1.(iii).

³⁰² En este sentido, se puede decir que aunque los rasgos sospechosos contra los que no cabe discriminación operarían en principio de manera bilateral, sólo impulsan el juicio estricto al que se ha hecho referencia anteriormente cuando la norma enjuiciada perjudica al colectivo histórica y actualmente desfavorecido. Cuando el colectivo perjudicado es el dominante, se aplicaría en cambio un juicio agravado, pero de menor intensidad, que D. Giménez Gluck denomina «juicio intermedio». Según este autor, lo anterior es especialmente patente en el caso de la discriminación «por razón de sexo»: el Tribunal Constitucional habría pasado de aplicar el «juicio estricto» con carácter bilateral –considerando inconstitucionales (por discriminatorias) las acciones positivas a favor de la mujer– a hacerlo tan sólo unilateralmente, aplicándoles en cambio a las acciones positivas *a favor* de la igualdad material de la mujer el juicio «intermedio»: en estos últimos casos el Tribunal Constitucional ha considerado que no sólo concurre una finalidad *constitucionalmente deseable*, sino que la histórica situación de desigualdad de la mujer provoca que las situaciones fácticas de las que parten hombres y mujeres a los efectos de la medida en cuestión no sean equiparables sino diferentes, justificándose así el trato diferenciado. GIMÉNEZ GLUCK, D. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, cit., pp. 170-173.

³⁰³ De hecho, en el caso de los derechos de las mujeres, el Tribunal Constitucional ha diferenciado entre *medidas protectoras* y *medidas compensadoras* (acciones positivas). Las primeras serían tan sólo aparentemente ventajosas para las mujeres, pero en realidad reproducirían su situación de inferioridad al partir de estereotipos como la mayor vocación (u obligación) de la mujer hacia las tareas familiares o su inferioridad física. Frente a estas medidas, las acciones positivas buscarían la superación de la discriminación y el logro de la igualdad material. Véase por ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 128/1987, de 16 de julio (*caso Guarderías Infantiles*) y la Sentencia núm. 28/1992, de 9 de marzo (*caso Compañía Telefónica*).

³⁰⁴ BARRANCO AVILÉS, M^a. C. *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, cit., p. 23. Y así, es muy frecuente que estos derechos puedan incluso estigmatizar a las personas beneficiarias y, en su afán por protegerlas, desconsiderar su propia autonomía. Ídem, p. 22.

puede pertenecer. En efecto, se ha visto hasta el momento que las razones de fondo pueden ser de diversas clases –*e.g.*, culturales, físicas, sociales–; sin embargo, otros autores tratan de distinguir –siquiera analíticamente– entre colectivos que son vulnerables desde una perspectiva *socio-económica* y los que lo son desde una perspectiva *político-cultural*, aunque en ambos casos se esté afectando a las oportunidades vitales y dificultando la obtención de ciertos bienes primarios o la satisfacción de necesidades básicas³⁰⁵.

En este sentido, N. Fraser se refiere a dos tipos de injusticias, que sitúan a los que las experimentan en una posición de desventaja: (i) la injusticia socioeconómica, arraigada en la estructura político-económica de la sociedad, y (ii) la injusticia cultural y simbólica, arraigada en los patrones sociales de representación, interpretación y comunicación³⁰⁶. Combinando su argumento con el ofrecido por L. Ferrajoli, podría decirse tal vez que la injusticia socioeconómica se traduce en «desigualdades», esto es, disparidades económicas y sociales producidas por la diversidad de derechos patrimoniales y de sus posiciones de poder y sujeción, mientras que con la injusticia cultural y simbólica no se respetan las «diferencias» que identifican o individualizan a las personas, dado que éstas se reprimen o anulan, cuando no directamente se desvalorizan o vulneran bajo el dominio de ese modelo considerado como normal y normativo³⁰⁷.

No cabe duda de que en la práctica ambos tipos de injusticias se entremezclan y se refuerzan mutuamente de manera dialéctica, como por ejemplo advertía L. Rodríguez Abascal respecto de los derechos colectivos y reconoce la propia N. Fraser: así, existirían colectividades «bivalentes», afectadas tanto por la estructura económica como cultural³⁰⁸. Con todo, esta distinción permite analizar el tipo de respuestas apropiadas desde una perspectiva interesante –aun plena de dificultades–, ya insinuada en los capítulos anteriores: las injusticias socioeconómicas se remediarían con medidas de redistribución –con las que se pretendería la *eliminación* de las desigualdades– mientras que las culturales y simbólicas lo harían con medidas de reconocimiento –que buscarían la revaluación de las identidades irrespetadas–. Aún así, salvo en casos extremos, generalmente se establecerá una tensión o dilema entre la redistribución y el reconocimiento que –como señala N. Fraser– no habría que descuidar, puesto que unas medidas y otras pueden ir en direcciones opuestas y no resultar fácil

³⁰⁵ AÑÓN ROIG, M^a. J. “Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías”, cit., pp. 77 y 79-80.

³⁰⁶ En particular, para esta autora la injusticia socioeconómica incluye las situaciones de explotación (apropiación del usufructo del trabajo propio en beneficio de otros), la marginación económica (atribución de trabajos mal remunerados o indeseables o imposibilidad de acceder a trabajos remunerados) y la privación de bienes materiales indispensables para llevar una vida digna. En cuanto a las injusticias culturales y simbólicas, se incluiría la dominación cultural (sujeción a patrones de interpretación y comunicación asociados a otra cultura y extraños a los propios), el no reconocimiento (invisibilidad en las prácticas representativas y comunicativas) y el irrespeto (propensión a calumniar o menospreciar las representaciones culturales públicas estereotipadas o en las interacciones cotidianas). FRASER, N. *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, cit., pp. 21-22.

³⁰⁷ Para L. Ferrajoli, las diferencias serían los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas –*e.g.*, lengua, etnia, religión, sexo, ideología–, es decir, que contribuyen a formar las diversas identidades de cada persona. FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., pp. 73 y 82.

³⁰⁸ FRASER, N. *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, cit., p. 23; RODRÍGUEZ ABASCAL, L. “El debate sobre los derechos de grupo”, cit., 424-425. Véase el capítulo 3, apartado II. N. Fraser pone los ejemplos de la raza y el género.

perseguirlas simultáneamente³⁰⁹: y es que, como se desprende de lo ya dicho, una primera aproximación al dilema plantea que la lógica de la redistribución buscaría socavar el factor diferenciador –*e.g.*, el género, la raza– mientras que la lógica del reconocimiento tendería a revalorizar la especificidad de la colectividad menospreciada³¹⁰.

De todos modos, esta autora distingue en una segunda aproximación dos maneras de enfocar *cada tipo* de medidas: (i) mediante la «afirmación», esto es, la diferenciación entre grupos y (ii) mediante la «transformación», que busca difuminar esa diferenciación. De hecho, la primeras se centrarían en los resultados finales inequitativos –para amortiguarlos– mientras que las segundas se enfrentarían al proceso o marco estructural inequitativo que los genera³¹¹. En este sentido, la autora considera que la combinación de políticas de redistribución y reconocimiento orientadas hacia la transformación son las que menos problemáticas resultan, aunque se alejen de los intereses e identidades inmediatos de la mayoría de los miembros de los colectivos afectados. Por eso, como se ve, la solución de la autora parece contradecir en la elección final las medidas de igualdad de trato formal como diferenciación –o medidas de afirmación para la autora–³¹².

Finalmente, cabe matizar que aunque los derechos sociales fruto del proceso de especificación estén especialmente conectados con la igualdad en sentido material, para algunos autores ello tampoco supone que exista una distinción cualitativa con los derechos civiles o políticos. Ya se ha hablado en el capítulo 2 de la importancia que el valor de la solidaridad tiene para la construcción intelectual de estos derechos, aunque hoy en día se trata de un valor cuestionado. Para G. Peces-Barba, ambos valores –solidaridad e igualdad de trato formal como diferenciación– influyen conjuntamente en el proceso de especificación³¹³. Pero es que además, la igualdad también se hallaría conectada con los valores de la seguridad y, ante todo, la libertad, al que se remitirían en última instancia todos los derechos:

... podríamos decir que la igualdad consiste en concretar los criterios materiales para llevar a cabo el valor solidaridad, en crear las condiciones materiales para una libertad posible para todos, y en contribuir a la seguridad con la satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo. Se comunica, pues, con los otros tres valores, y lo hace como principio de organización y como fundamento de los derechos. No desmentirá tampoco [...] la afirmación de que la libertad es el valor central, como fundamento de los derechos y de que todos los demás, sin perjuicio de su autonomía, se orientan hacia él, para completarlo y perfeccionarlo³¹⁴.

³⁰⁹ FRASER, N. *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, cit., pp. 23-26. La autora ejemplifica las medidas de redistribución aludiendo a la redistribución del ingreso, la reorganización de la división del trabajo, el sometimiento de la inversión a decisiones democráticas, etc. A su vez, las medidas de reconocimiento podrían incluir valorar positivamente la diversidad cultural, transformar los patrones sociales de representación, interpretación y comunicación, etc.

³¹⁰ Ídem, p. 37.

³¹¹ Ídem, p. 38.

³¹² Ídem, p. 52.

³¹³ PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 287.

³¹⁴ Ídem, p. 283. También L. Prieto Sanchís rechaza la idea de la distinción cualitativa en cuanto a los valores a los que responden derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, de otra, aunque los argumentos son ligeramente distintos: (i) en primer lugar, porque la igualdad jurídica sería una de las primeras manifestaciones de las libertades individuales; y (ii) en segundo lugar, porque constitucionalmente no cabría establecer una contraposición rígida entre libertad e igualdad ni entre los derechos susceptibles de ser adscritos a una o a otra. PRIETO SANCHÍS, L. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", cit., pp. 18.

* * * * *

Recapitulando, se ha visto a lo largo de este capítulo que la mayoría de los autores consultados tiende a rechazar la asociación entre derechos sociales y derechos colectivos, cuya noción asumida con carácter general es la de derechos de titularidad colectiva.

- (i) En algunos casos, los autores admiten la existencia de *ciertos* derechos colectivos entre los derechos sociales, pero sin que ello resulte generalizable a toda la categoría ni la caracterice. A estos concretos derechos se hará referencia en el próximo capítulo.
- (ii) Sin embargo, otros autores rechazan directamente la posibilidad de que haya derechos sociales colectivos, posición que se ha justificado desde diferentes versiones: para unos, sólo los seres humanos individualmente considerados serían susceptibles de ser titulares de derechos humanos –aunque no sucedería lo mismo con los derechos fundamentales que los plasman jurídicamente–; para otros, el tipo de objeto protegido por los derechos sociales sería de naturaleza individual; a estos argumentos, a veces, se les añaden otros que recuerdan que los derechos sociales de la Carta Internacional de Derechos Humanos estarían enunciados en términos estrictamente individuales.

Sea como fuere, los razonamientos utilizados para disociar derechos colectivos y derechos sociales son semejantes. En general –y aunque no lo expresen en estos términos–, podría decirse que para unos y otros los enunciados de *todos* o *la mayoría* de los derechos sociales serían en última instancia *reducibles* a derechos de titularidad individual, de modo que no reunirían el rasgo de la indivisibilidad que suele exigirse a los derechos colectivos. Y ello por tres motivos:

- (i) Para empezar, los autores suelen remitirse al expediente de la titularidad individual *situada* o *contextualizada* en un entorno social concreto. Es decir, el titular de los derechos sociales en todos o la mayoría de los casos no sería el colectivo como tal, sino las personas individuales; lo que ocurre –se dice–, es que a menudo esos sujetos individuales estarían *situados* en una determinada circunstancia –ciertas condiciones de existencia o maneras de estar en la sociedad– y/o pertenecerían a un determinado grupo o colectividad que no llegaría a tener el estatus de sujeto colectivo. De ahí la habitual confusión de los derechos sociales con derechos de grupos como los trabajadores, las mujeres, los niños o las personas mayores. Todo lo anterior no implica, sin embargo, que no existan derechos sociales enunciados de manera más abstracta o que, siendo inicialmente derechos de la persona situada, se hayan ido generalizando.

Como ya se señaló, aunque no es infrecuente ver las referencias a las circunstancias y a la pertenencia a un grupo combinadas –más aún cuando lo que se pretende reflejar es la situación de inferioridad en que incurren esas personas–, lo cierto es que la dimensión colectiva de los derechos sociales pasa más desapercibida cuando el énfasis se pone en el factor circunstancial que cuando lo hace en el factor grupal. De todos modos, se ha visto que incluso la referencia al grupo no es para algunos autores más que un instrumento que permitiría *presumir* la situación personal en que el individuo se encuentra, olvidando –o ignorando– que a veces es la pertenencia al grupo lo que *provoca* esa situación de vulnerabilidad social.

- (ii) Otro de los argumentos frecuentes es el que reconduce el objeto protegido por esta categoría de derechos ante todo hacia intereses, necesidades o bienes individuales o individualizables: en consecuencia, el beneficiario *inmediato* de estos derechos sería siempre o en la mayoría de las ocasiones el individuo y no la comunidad, a diferencia de las tesis sostenidas en el capítulo 1. Dado este tipo de argumentaciones, parece que también resulta difícil sostener la identificación general de los derechos sociales con los derechos colectivos entendidos como derechos a bienes colectivos.

De todos modos, la cuestión no es tan simple, y algunos de estos mismos autores acaban reconociendo que también existen intereses supraindividuales tenidos en cuenta y que unos y otros se hallan relacionados. Más aún si, como se ha defendido en el capítulo 2, entra en juego el valor de la solidaridad, que supondría considerar como propios los intereses del grupo. Además, cuando el discurso se desplaza hacia derechos concretos el debate se encrucece, lo mismo que cuando se traduce en términos de necesidades.

- (iii) Finalmente, el tercer argumento parte de la idea de que, aunque el ejercicio y/o defensa procesal de los derechos sociales sean a veces –pero no siempre– colectivos, ello no tiene por qué afectar necesariamente a su titularidad, que seguiría siendo individual en todos o la mayoría de los casos.

Según se ha visto en este capítulo, la separación entre titularidad, ejercicio y legitimación no es una tarea fácil ni exenta de polémica, aunque está bastante consolidada entre la doctrina constitucionalista. Así, se reconoce comúnmente la existencia de derechos sociales de titularidad individual y ejercicio colectivo, de una parte, y de derechos que, aunque son de titularidad individual, pueden ser defendidos ante los tribunales por personas jurídicas o grupos de afectados mediante el expediente de la legitimación extraordinaria o el interés legítimo sin que ello suponga necesariamente que el derecho por ellos alegado sea colectivo.

De las diferentes posiciones de los autores consultados podría deducirse, así, que todos o la mayoría de los derechos pertenecientes a la categoría de derechos sociales serían susceptibles de reconducirse a fórmulas semejantes a las que G. Jáuregui denominaba *derechos individuales*, *derechos específicos de grupo* y *derechos de grupo*. De todos modos, aunque estos argumentos no impulsen a los autores a considerar los derechos sociales como derechos colectivos en sentido estricto, lo cierto es que su configuración, aún en términos individuales, no puede desprenderse del todo de una cierta dimensión colectiva, ya sea ligada a la pertenencia a categorías o colectividades, a su protección de algunos intereses colectivos o su conveniente ejercicio y defensa colectivos. No se escapa que muchos autores han tratado de minimizar esa dimensión colectiva, lo que en parte podría ser atribuido a su adhesión a las premisas del individualismo metodológico y a los temores de caer en visiones premodernas de los derechos. Ello ha suscitado no pocas reflexiones a lo largo del capítulo.

¿Se diferencian en este sentido los derechos sociales de otras categorías de derechos? A lo largo del presente capítulo se han expuesto posturas que relativizan para cada uno de los argumentos arriba señalados la existencia de radicales diferencias con otras categorías de derechos. La idea, en el fondo, es que también en otras categorías se hallarían *derechos individuales*, *derechos específicos de grupo* y *derechos de grupo*. Es cierto que la tendencia principal es la de asemejar

los derechos sociales a los civiles y políticos –reconduciendo a términos individuales su titularidad o su objeto–, pero también se localizan autores que defienden la colectivización progresiva de los derechos civiles y políticos: mostrando que también en ellos existirían algunos titulares situados, bienes con incidencia colectiva y modos de ejercicio y defensa colectivos.

Por último, se ha dedicado un apartado en este capítulo a profundizar sobre el proceso de especificación que, según la mayoría de los autores –y conjuntamente con el proceso de generalización– es el que habría provocado las peculiaridades en la titularidad de los derechos sociales y también –según se ha afirmado– ido especificando algunos derechos civiles y políticos. Tal proceso se habría debido en parte a un cambio en la concepción de los derechos humanos, en vista de los defectos que se percibían en la concepción liberal. La nueva concepción, que algunos autores denominan “histórica”, habría pasado a considerar en su diseño del catálogo de derechos las condiciones materiales de existencia y las dimensiones históricas de los posibles sujetos titulares de los derechos, con mayor o menor énfasis en su pertenencia a determinados grupos. Se habría dejado de lado, por lo tanto, a ese hombre supuestamente abstracto y presocial para reflejarlo en la plenitud de sus relaciones sociales y contingencias históricas que le pueden hacer susceptible de sufrir opresión y dominación. Lo anterior habría redimensionado al sujeto de los derechos humanos, acercándolo al “hombre real” y, en esa medida, erosionando –por lo menos parcialmente– su concepción moderna. Con todo, esta reconfiguración no resulta unánimemente aceptada por todos hoy en día: así, actualmente la concepción liberal del sujeto de derechos humanos habría recobrado vigencia y suscitado un hondo debate sobre la consideración de los derechos sociales como verdaderos derechos, en parte debido a su falta de universalidad.

Sin embargo, según habrían afirmado muchos autores, la configuración específica de los derechos sociales no los haría perder en absoluto su justificación ética sino que, bien al contrario, constituiría la respuesta frente a los defectos predicados de la concepción liberal. Uno de los argumentos más recurrentes, aunque no el único, ha sido el de redefinir la universalidad remitiéndola a derechos u objetivos superiores, como la satisfacción de las necesidades de todos los seres humanos o el logro de su igualdad dignidad, de su autonomía moral para desarrollar el propio plan de vida. Este tipo de objetivos universales –se ha dicho– sólo podrían lograrse mediante estrategias diferenciadas, pues en los casos en que se parte de una situación de desigualdad o diferencia, como los que contemplan los derechos sociales, no bastaría con reclamar la condición de estas personas como sujetos de derechos para alcanzar la meta.

Ello sería además una exigencia del valor de la igualdad que fundamentaría este tipo de derechos –junto con los de la solidaridad, la seguridad y la libertad–: en efecto, se ha expuesto en este capítulo cómo para muchos autores el logro de la igualdad material puede requerir una igualdad de trato formal como diferenciación. ¿Cuándo? Los criterios de relevancia a estos efectos no son fáciles de teorizar genéricamente, pero a lo largo del tiempo se han ido reconociendo determinados rasgos que caracterizarían a diversos sectores de la población –*e.g.*, trabajadores, mujeres, personas con discapacidad, niños, minorías culturales– que, por no encajar en el modelo considerado tradicionalmente como normal y normativo, habrían sufrido una minusvaloración histórica, todavía presente, que los habría posicionado en una situación de inferioridad socioeconómica y/o político-cultural. Según los casos, y pesar de la existencia de dilemas de difícil resolución, con la igualdad de trato como diferenciación se buscará la igualdad material por la vía de la redistribución o del reconocimiento –o, en otras palabras, para eliminar

la desigualdad o para reconocer la diferencia-. Por lo tanto, y respondiendo a los interrogantes planteados al final del capítulo 2, podría defenderse que la dimensión colectiva de los derechos sociales sigue presente hoy en día –compartida también con derechos de otras categorías, en parte como resultado de los procesos generacionales– y que siguen encontrándose razones para justificarla desde un punto de vista de derechos humanos.

CAPÍTULO 5: ¿HAY DERECHOS SOCIALES QUE SEAN COLECTIVOS?

A lo largo del capítulo anterior, se han ido viendo una serie de reflexiones que, en principio, desvinculaban la *categoría* de los derechos sociales de la de los derechos colectivos. Sin embargo, también se ha dicho que determinados autores han reconocido la existencia de *algunos* derechos colectivos dentro de la categoría o, por lo menos, han identificado derechos sociales cuya titularidad colectiva podría ser *conveniente* o *deseable* –y ello tanto en el Derecho internacional (incluyendo la Carta Internacional de Derechos Humanos) como entre los derechos fundamentales de los ordenamientos internos–.

Lo anterior no es del todo extraño. Ya se ha visto, en el capítulo 2, que el Estado social introdujo una especial lógica de lo colectivo –el paradigma del Derecho social– y, en el capítulo 3, que muchos autores han relativizado el debate conceptual y normativo sobre los derechos colectivos apuntando a algunos que ya estarían comúnmente reconocidos. En este sentido, N. Bobbio ha señalado que, junto con la ampliación de los estatus posibles del «único individuo» propia del proceso de especificación, se habría producido también una ampliación de los titulares de los derechos a sujetos distintos del hombre¹:

... se ha producido el paso de la consideración del ser humano *uti singulus*, que ha sido el primer sujeto al que se le atribuyeron derechos naturales (o morales), en otras palabras de la «persona», a sujetos distintos del individuo, como la familia, una minoría étnica o religiosa, toda la humanidad en su conjunto dentro del debate actual entre filósofos morales sobre el derecho de los descendientes a la supervivencia, y más allá de los individuos aisladamente considerados o en las distintas comunidades reales o ideales que lo representan, hasta titulares diferentes de los hombres, como los animales².

En esta línea, para G. Jáuregui no se puede entender la historia de los dos últimos siglos –movimiento obrero, feminismo, pacifismo, ecología, anticolonialismo, derechos de los pueblos indígenas, de los inmigrantes, etc.– si no es en clave no sólo de ejercicio, sino incluso de *titularidad* de los derechos de grupo o colectivos³.

I. LOS TEXTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS SOCIALES COLECTIVOS

1. La doctrina académica:

Como ya se ha apuntado, la enunciación en términos individuales de la mayoría de los derechos sociales de la Carta Internacional de Derechos Humanos no ha pasado por alto a numerosos autores, entre los que se ha destacado ya a J. Humphrey, P. Rivero o F. J. Contreras Peláez. Y sin embargo, lo cierto es que la mirada de éstos hacia los enunciados de la DUDH y del PIDESC parece extremadamente limitada. A diferencia de lo que afirmase F. J. Contreras Peláez, no es cierto que los colectivos no aparezcan por parte alguna en estos textos. El mismo J. Humphrey reconoce la existencia de dos tipos de excepciones a esta afirmación, a saber: el

¹ BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, cit., p. 114.

² Ídem, p. 115. El subrayado es de la autora.

³ JÁUREGUI, G. “Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible”, cit., pp. 60-61.

derecho a la libre determinación de los pueblos y los derechos de los sindicatos (arts. 1 y 8 respectivamente del PIDESC). Pero es que, además de estos colectivos señalados por el autor, también se encuentran referencias a otros grupos cuya omisión no termina de explicarse.

Así, por ejemplo –y dejando al margen las alusiones a categorías o grupos como los niños, las madres o los adolescentes, cuya condición de sujeto colectivo es polémica⁴– tanto en la DUDH como en el PIDESC se hace alusión a la *familia* (arts. 16.3 de la DUDH y 10 del PIDESC), a los *padres* (arts. 26.3 de la DUDH y 13.3 del PIDESC)⁵ o a las *entidades* (art. 13.4 del PIDESC). La omisión de la familia resulta especialmente sorprendente, tanto más en cuanto que los artículos 16.3 DUDH y 10 PIDESC en su redacción en inglés aluden a ésta como a una «*unidad grupal*» –*group unit*–, si bien en español y en francés esta condición parece rebajada por la utilización del término «elemento»⁶.

En ese sentido se pronuncia B. de Castro Cid. Ya se ha visto que para éste los derechos sociales atribuidos a un grupo humano como tal en el Derecho internacional no son muchos; de hecho, se trataría de un número «manifestamente reducido»⁷, tanto como para que no pueda calificarse de rasgo predominante de la categoría ni servir para su conceptualización. Pero esta calificación lo aleja precisamente de aquéllas posturas que de plano niegan la existencia de cualquier tipo de derechos sociales colectivos⁸. A continuación se muestra una tabla con aquéllos que, para B. de Castro Cid, se hallan enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos (DUDH, PIDCP y PIDESC)⁹:

DERECHOS DE LOS GRUPOS SEGÚN B. DE CASTRO CID	
1	El derecho de las asociaciones sindicales a formar federaciones sindicales y a funcionar sin obstáculos (art. 8.1 del PIDESC).
2	«Acaso», el derecho de huelga (arts. 8.1 PIDESC). Con esta expresión, el autor demuestra sus dudas en cuanto a la consideración del derecho de huelga como un derecho colectivo o un

⁴ Se hace especial mención a éstos en el art. 10 del PIDESC. En el artículo 25 de la DUDH también se hace referencia a la infancia o la maternidad, si bien con estos términos parece subrayarse más la situación vital que la idea de grupos de personas. De todos modos, la referencia del PIDESC a los niños, las madres o los adolescentes aleja mucho estos enunciados de la fórmula de «todos» o «toda persona» a la que se suelen remitir estos autores.

⁵ Sobre los padres, cabría preguntarse si los derechos enunciados se configuran como derechos individuales de ejercicio colectivo o, por el contrario, como derechos colectivos en sentido estricto. Después de todo, *en algunos casos* –pues entrarían aquí en juego los diferentes modelos de familia– los padres podrían considerarse como un grupo que expresa una voluntad colectiva y actúa en consecuencia. En cualquier caso, de nuevo el enunciado se aleja de la pura individualidad alegada por estos autores.

⁶ Si el silencio en torno a estas referencias se debe a que los derechos en que ellas se inscriben no se consideran auténticos derechos sociales, lo cierto es que los autores no lo especifican –como sí lo hiciera F. J. Contreras Peláez con el derecho a la huelga o los derechos de los sindicatos–. Sin embargo, de estos derechos de los padres, la familia o las entidades nada se dice.

⁷ DE CASTRO CID, B. “Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales”, cit., p. 36.

⁸ Por ejemplo, el autor muestra su desacuerdo con F. J. Contreras Peláez en DE CASTRO CID, B. “Caracterización y fundamentación de los derechos sociales: reflexiones sobre un libro de F. J. Contreras”, cit., p. 682.

⁹ DE CASTRO CID, B. *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, cit., pp. 31-32.

	derecho individual.
3	El derecho a la protección de la familia (arts. 16.3 de la DUDH, 23.1 del PIDESC).
4	El derecho de las minorías a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (art. 27 del PIDCP).
5	El derecho de los pueblos a la autodeterminación (art. 1 del PIDCP y del PIDESC) ¹⁰ .

Asimismo, cuando N. López Calera enuncia algunos ejemplos –sin ánimo de exhaustividad– de derechos colectivos ya existentes en el panorama del Derecho internacional, entre ellos incluye algunos que se pueden encuadrar en la categoría de los derechos sociales: por ejemplo, el derecho de la familia a su protección y, también, los derechos de otros «sujetos colectivos» como el derecho a la huelga y los derechos de los sindicatos, «cuyo ejercicio resulta difícil de imaginar como no sea ejercido de manera colectiva»¹¹.

Incluso cuando se reconoce que el enunciado de los derechos sociales en cuestión ha sido planteado en términos individuales, ello no ha impedido a algunos autores a defender interpretaciones en clave colectiva o proponer la formulación de nuevos derechos colectivos. Después de todo, como dice F. J. Ansuátegui Roig, «una cosa es lo que el Derecho dice y otra la crítica que se puede hacer a lo que dice el Derecho»¹². El propio N. Bobbio, desde una perspectiva sociológica del Derecho, señala lo siguiente:

La Declaración Universal representa la consciencia histórica que la humanidad tiene de sus propios valores fundamentales en la segunda mitad del siglo XX. Es una síntesis del pasado y una inspiración para el porvenir; pero sus tablas no han sido esculpidas de una vez para siempre¹³.

En especial, el art. 27 del PIDCP ha suscitado numerosas reflexiones. Ya se ha visto que para J. Humphrey se trata de un derecho individual –o, podría decirse, de titularidad individual pero de ejercicio colectivo en algunos casos–. Sin embargo, B. de Castro Cid lo incluye en su lista de derechos colectivos. El debate está servido y, con él, aquél sobre el estatuto jurídico de las minorías, del que en parte se ha ido hablando en el capítulo 3, apartado II, aunque desde una perspectiva menos aplicada.

Lo cierto es que el marco jurídico internacional universal en torno a las minorías se ha ido transformando a lo largo del siglo XX. De hecho, varios autores han descrito el cambio de perspectiva practicado por la Organización de las Naciones Unidas frente a la inicialmente adoptada por su predecesora, la Sociedad de Naciones. E. Bea sostiene que, tras la Primera Guerra Mundial, los derechos humanos se configuraron como derechos individuales y derechos de las minorías, cuya protección se articulaba mediante un complejo sistema. Se establecieron «garantías relativas al uso del idioma o al mantenimiento de ciertas instituciones de las minorías», y también «garantías de la autonomía general o especial o de fueros tradicionales»; en ambos casos –apunta esta autora–, tales garantías estaban articuladas tanto

¹⁰ El autor incluye este derecho entre los derechos sociales, aunque –como ya se ha visto en repetidas ocasiones– tiende a encuadrárselo entre los derechos de cuarta generación.

¹¹ LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, cit., p. 40.

¹² ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. “Introducción. Reflexiones preliminares sobre un problema moral y jurídico: los derechos colectivos”, cit., p. 9.

¹³ BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, cit., p. 72.

como derechos de las personas pertenecientes a minorías como de las propias minorías en cuanto tales¹⁴.

Sin embargo, esta perspectiva cambió después de la Segunda Guerra Mundial. Como recuerda J. de Lucas, ya en los trabajos preparatorios de la DUDH se ve que las Naciones Unidas tenían presente el fracaso de su predecesora en lo concerniente a la protección de las minorías; además, eran conscientes del potencial disgregador de esta cuestión desde la perspectiva de la soberanía de los Estados, especialmente dado el nuevo panorama internacional. Tales razones –sostiene J. de Lucas– se hallarían detrás de la resistencia de las Naciones Unidas para abordar la protección de las minorías de una manera específica y de la adopción de la siguiente regla de juego: «basta con el reconocimiento y la garantía efectiva de los derechos humanos individuales y de los principios de igualdad y no discriminación»¹⁵. En efecto, recuerda F. Mariño Menéndez, se pensaba –como todavía hoy piensan algunos, según la tesis de la futilidad– que la protección otorgada por los derechos humanos individuales era omnicomprendiva y podía abarcar a toda persona cualquiera que fuese su situación o condición, incluidas las personas pertenecientes a minorías¹⁶.

Sólo con la entrada en vigor del PIDCP y su art. 27 comenzó a otorgarse de nuevo una protección específica de estas últimas, a los que ha seguido la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas de las Naciones Unidas¹⁷. Sin embargo, la tendencia mayoritaria entre los autores es la de admitir que estos instrumentos no se refieren a derechos colectivos sino, ante todo, a derechos de los *miembros* de esas minorías, ya sean de ejercicio puramente individual o común con los demás miembros de su grupo¹⁸. Lo que es más, así lo habría sostenido el Comité de Derechos Humanos en su Observación General núm. 23, sobre los derechos de las minorías (1994)¹⁹.

¹⁴ BEA PÉREZ, E. “Los derechos de las minorías nacionales: su protección internacional, con especial referencia al marco europeo”. En: BALLESTEROS, J. (ed.). *Derechos humanos: concepto, fundamento, sujetos*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 167.

¹⁵ DE LUCAS, J. “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías (los derechos de las minorías en el 50 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos)”. En: DE LUCAS, J. (dir.). *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, cit., pp. 294-295.

¹⁶ MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. “Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros”, cit., p. 33. Ello no obstante, este autor apunta de la cuestión no fue abandonada del todo en esos primeros años. Aunque no se recogieran derechos específicos de las minorías ni en la Carta de las Naciones Unidas ni en la DUDH, sí se creó una subcomisión de la Comisión de Derechos Humanos para la prevención de la discriminación y defensa de los derechos de las minorías y se aprobó la Convención sobre el genocidio el 9 de diciembre de 1948. Ídem, p. 12.

¹⁷ Resolución núm. 47/135 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1992. Doc. ONU A/RES/47/135.

¹⁸ MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. “Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros”, cit., p. 35. Vid. también DE LUCAS, J. “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías (los derechos de las minorías en el 50 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos)”, cit., p. 296: «... basta el examen de los textos internacionales en que se consagran los derechos de las minorías para advertir que, en realidad, se habla de derechos individuales de quienes pertenecen a una minoría».

¹⁹ Vid. párrafos 1, 3.1 y 5.1 de la Observación General núm. 23 del Comité de Derechos Humanos, sobre los derechos de las minorías (art. 27): 50º periodo de sesiones, 8 de abril de 1994. Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/fb7fb12c2fb8bb21c12563ed004df111?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/fb7fb12c2fb8bb21c12563ed004df111?Opendocument).

Con todo, para J. de Lucas la dimensión colectiva que se desprende de este artículo es tal –en cuanto a la combinación de intereses colectivos y el ejercicio colectivo–, que sus titulares –siquiera indirectamente– podrían ser las minorías étnicas, religiosas y culturales en cuanto tales:

En el marco normativo internacional podemos sostener que se reconocen al menos tres derechos de carácter colectivo a las minorías, en cuanto se trata de derechos que deben ser ejercidos en común por las personas que pertenecen a esos grupos, ya que se asientan en la existencia de un interés colectivo, no meramente individual. Se trata de los enunciados en el mencionado artículo 27: derecho a tener una vida cultural propia, a emplear una lengua propia y a profesar la propia religión²⁰.

En particular, estos tres derechos resultarían muy relevantes desde la perspectiva del reconocimiento del *derecho a la cultura en sentido estricto* o la *identidad cultural* que propone J. de Lucas. Y es que en el fondo, señala este autor, lo que el art. 27 proclama al enunciar esos derechos «es un auténtico “derecho a la identidad”»²¹.

F. Mariño Menéndez también pone de manifiesto la fuerte dimensión colectiva derivada del ejercicio en común de estos derechos, de los que pueden beneficiarse individuos y grupos. No obstante –aclara–, «ello por sí solo no significa que las minorías en cuanto tales sean titulares de derechos»²². Por sí solo tal vez no, pero para este autor no cabe duda de que el Derecho internacional general estaría protegiendo progresivamente el derecho a la existencia de las minorías y ese derecho a la propia identidad que decía J. de Lucas. Aún a pesar de haber defraudado muchas expectativas en cuanto al reconocimiento de derechos colectivos de las minorías, la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas sí ha establecido en su art. 1 la obligación de los Estados de proteger la existencia y la identidad étnica, cultural, religiosa y lingüística de minorías dentro de sus propios territorios y fomentarían las condiciones para la promoción de tal identidad²³.

Aún más: esas obligaciones de los Estados pueden exigir la adopción de medidas de acción positiva, es decir, no ya sólo la simple abstención de actuar contra una minoría o sus miembros ni la obligación de prevenir la discriminación en el ejercicio de sus derechos. Cabe precisar que se tratarían éstas de medidas destinadas no tanto al reconocimiento de la especificidad cultural de estas minorías como a la corrección de situaciones que les impiden o dificultan el goce de los derechos del art. 27 del PIDCP²⁴. Así se afirma también en la ya citada Observación General núm. 23 del Comité de Derechos Humanos:

Although the rights protected under article 27 are individual rights, they depend in turn on the ability of the minority group to maintain its culture, language or religion. Accordingly, positive measures by States may also be necessary to protect the identity of a minority and the rights of

²⁰ DE LUCAS, J. “Algunos problemas del Estatuto Jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa”, cit., p. 118. Esta cita se suaviza un poco en AÑÓN ROIG, M^a J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 241, al hablar más bien de la dimensión colectiva y de la titularidad indirecta.

²¹ AÑÓN ROIG, M^a J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 234. Véase capítulo 3, apartado II.1.(iii).

²² MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. “Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros”, cit., p. 35.

²³ Ídem, p. 36.

²⁴ Ídem, pp. 39-40.

its members to enjoy and develop their culture and language and to practise their religion, in community with the other members of the group. [...] as long as those measures are aimed at correcting conditions which prevent or impair the enjoyment of the rights guaranteed under article 27, they may constitute a legitimate differentiation under the Covenant, provided that they are based on reasonable and objective criteria²⁵.

Según J. de Lucas, otros instrumentos jurídicos internacionales también se referirían la identidad cultural como bien protegible –y no ya sólo de las minorías–: por ejemplo, los arts. 8, 29 y 30 de la Convención sobre los derechos del niño²⁶, el art. 31 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares²⁷ o el art. 2.2 del Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de 27 de junio de 1989²⁸, a los que habría que añadir la reciente Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas²⁹. Así pues, aunque de manera incompleta, en el sistema universal de derechos humanos se estaría decantando una tendencia dirigida al reconocimiento de algunos derechos colectivos a las minorías en cuanto tales, si bien a juicio de autores como J. de Lucas todavía quedaría mucho camino que recorrer.

2. Las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

¿Qué ocurre con otros derechos sociales enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos? Cabe señalar que algunos de los preceptos del PIDESC han ido siendo interpretados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el “Comité”)³⁰ en un notable intento de esclarecer el contenido normativo de estos derechos y sus correspondientes obligaciones para los Estados partes. Es desde 1988 que el Comité –de un modo similar al Comité de Derechos Humanos en relación con los artículos del PIDCP– ha asumido la práctica

²⁵ Párrafo 6.2 de la Observación General núm. 23, sobre los derechos las minorías, del 50º periodo de sesiones: «Aunque los derechos protegidos por el art. 27 son derechos individuales, dependen a su vez de la habilidad del grupo minoritario para mantener su cultura, idioma o religión. En consecuencia, puede que sean necesarias acciones positivas por los Estados para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a disfrutar y desarrollar su cultura e idioma y a practicar su religión, en comunidad con los otros miembros de su grupo. [...] en la medida en que estas acciones tienen por objeto la corrección de obstáculos que evitan o entorpecen el disfrute de los derechos garantizados bajo el artículo 27, pueden constituir una diferenciación legítima en virtud del Pacto, siempre que se basen en criterios razonables y objetivos». El subrayado es de la autora.

²⁶ Resolución núm. 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989. Doc. ONU A/RES/44/25.

²⁷ Resolución núm. 45/158 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1990. Doc. ONU A/RES/45/158.

²⁸ AÑÓN ROIG, M^a J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, cit., p. 242.

²⁹ Resolución núm. 61/295 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2007. Doc. A/RES/61/295.

³⁰ El Comité es el órgano de las Naciones Unidas encargado de supervisar la aplicación del PIDESC. Fue creado en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones que a este último le habían sido atribuidas en la parte IV del PIDESC. Actualmente, además, este órgano es susceptible de recibir y considerar comunicaciones individuales, según el Protocolo Facultativo del PIDESC aprobado por la Resolución núm. 63/117 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 2008. Doc. ONU A/RES/63/117.

de emitir Observaciones Generales³¹ de las que los Estados partes no pueden desentenderse: para empezar, porque el propio Comité, a la hora de supervisar los informes por ellos presentados periódicamente, analizará su comportamiento según esas observaciones; en segundo lugar, porque de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, las obligaciones de cualquier tratado deben ser interpretadas de buena fe por los Estados partes teniendo en cuenta el sentido corriente de sus términos, su objeto y fin, los trabajos preparatorios y *las prácticas relevantes*³².

De estas Observaciones Generales se pueden extraer algunas referencias en cuanto a la naturaleza colectiva o individual de los derechos enunciados en el PIDESC. Cabe señalar en particular que el Comité, a pesar de la enunciación en términos estrictamente individuales de muchos derechos del PIDESC, no ha dudado en atribuirlos también a algunos grupos y comunidades, con especial incidencia –pero no exclusiva– en los pueblos indígenas, en un claro ejercicio por mostrar la interrelación entre todos los derechos humanos y la adaptación de éstos a los nuevos tiempos. A continuación se exponen algunas de las principales interpretaciones del Comité que configuran algunos derechos sociales o facetas suyas como derechos colectivos –en el sentido de derechos de titularidad colectiva–³³:

- En su Observación General núm. 4, sobre el derecho a una vivienda adecuada (1991), el Comité aclara que este derecho –derivado del derecho a un nivel de vida adecuado del artículo 11.1 del PIDESC³⁴– tendría como titulares a los individuos y también las familias³⁵.
- En su Observación General núm. 13, sobre el derecho a la educación (1999), el Comité alude a la libertad de enseñanza estipulada en el PIDESC, que incluye –en relación con tema que nos ocupa–: (i) la libertad de los padres para determinar que sus hijos reciban una educación religiosa o moral conforme a sus propias convicciones y para escoger escuelas distintas de las públicas bajo determinadas condiciones³⁶; y (ii) la libertad de las entidades –dice el Comité: personas jurídicas o instituciones– para establecer y dirigir

³¹ El conjunto de Observaciones Generales emitidas por el Comité puede hallarse en la siguiente dirección: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> [consulta: 26 de agosto de 2012].

³² ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 68-70.

³³ La exposición se ordena según la numeración de las Observaciones Generales, con la excepción de las núm. 17 y 21, que se exponen una después de la otra por su conexión en el articulado del PIDESC y su propio contenido.

³⁴ El artículo 11. 1 del PIDESC dice así: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento».

³⁵ En el párrafo 6 el Comité indica lo siguiente: «... individuals, as well as families, are entitled to adequate housing regardless of age, economic status, group or other affiliation or status and other such factors» («... los individuos, al igual que las familias, tienen derecho a una vivienda adecuada con independencia de la edad, condición económica, grupo u otra afiliación o estatus y otros factores similares»). Observación General núm. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho a una vivienda adecuada (art. 11.1): 6º periodo de sesiones, 13 de diciembre de 1991. Doc. ONU E/1992/23 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument).

³⁶ Al igual que en la nota al pie 5, se desconoce si para el Comité se trata de un derecho individual de ejercicio colectivo o, por el contrario, un derecho colectivo en sentido estricto.

centros de enseñanza³⁷. Lo que es más, a la luz de la libertad académica –que, por cierto, podría ejercerse individual o colectivamente por los miembros de la comunidad académica–, el Comité se refiere expresamente la autonomía de las instituciones de enseñanza superior, autonomía ésta que no está incluida en el enunciado del art. 13 del PIDESC³⁸.

- En su Observación General núm. 14, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (2000), el Comité señala que el derecho a la salud es un derecho de todo ser humano³⁹. No obstante, elabora también una interesante interpretación sobre «el derecho a la salud de los pueblos indígenas», habida cuenta del Derecho y la práctica internacionales que se desarrollaban entonces en relación con estos colectivos; y así: (i) los servicios de salud deben ser culturalmente apropiados –como lo deben ser en cualquier caso, según la interpretación general de este derecho–; (ii) los Estados partes deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas puedan establecer, controlar y proteger los servicios de salud; (iii) también se deberán proteger las plantas medicinales, los animales y los minerales que resulten necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas⁴⁰; y (iv) en especial, el Comité realiza la siguiente afirmación:

... en las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones⁴¹.

- En su Observación General núm. 15, sobre el derecho al agua (2002) –que el Comité deriva de los arts. 11 y 12 del PIDESC–, se considera que este derecho sería «de todos» y, más adelante, especifica que los Estados partes tendrían la obligación de adoptar «medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer

³⁷ Párrafos 28-30 de la Observación General núm. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho a la educación (art. 13): 21º periodo de sesiones, 8 de diciembre de 1999. Doc. ONU E/C.12/1999/10 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/462/19/PDF/G9946219.pdf?OpenElement>.

³⁸ Ídem, párrafo 40: «Para el disfrute de la libertad académica es imprescindible la autonomía de las instituciones de enseñanza superior. La autonomía es el grado de autogobierno necesario para que sean eficaces las decisiones adoptadas por las instituciones de enseñanza superior con respecto a su labor académica, normas, gestión y actividades conexas».

³⁹ Párrafo 1 de la Observación General núm. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12): 22º periodo de sesiones, 11 de agosto de 2000. Doc. ONU E/C.12/2000/4 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>.

⁴⁰ Esta interpretación va en línea con lo dispuesto en el Convenio núm. 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de 27 de junio de 1989 y la posterior Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución núm. 61/295, de 13 de septiembre de 2007. Doc. ONU A/RES/61/295.

⁴¹ Observación General núm. 14, cit., párrafo 27. El subrayado es de la autora.

el derecho»⁴². En este caso, no queda claro si el Comité considera que también las comunidades son titulares del derecho o tan sólo pueden ejercerlo, pero sí señala en otro momento anterior que este derecho estaría también relacionado con la obligación de no privar a un pueblo de sus medios de subsistencia (art. 1.2 del PIDESC)⁴³.

- En su Observación General núm. 18, sobre el derecho al trabajo (2005), el Comité afirma: «El derecho al trabajo es un derecho individual que pertenece a cada persona, y es a la vez un derecho colectivo»⁴⁴. Sin embargo, no se especifica más. ¿A qué se refiere al decir esto último? Lo cierto es que no queda claro cuál es el razonamiento del Comité, pero podría aventurarse que el motivo reside en la interrelación existente entre el derecho al trabajo enunciado en el art. 6 del PIDESC –en el que se centra el Comité en esta Observación General– y el art. 8, que según este órgano desarrollaría la «dimensión colectiva» del derecho y que contiene el derecho a la libertad sindical, a la huelga y los derechos de los sindicatos⁴⁵.
- En su Observación General núm. 17, sobre el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor/a (2005), el Comité hace una interpretación extensiva de la expresión «toda persona» del art. 15.1.c)⁴⁶: así pues, interpreta que este derecho lo es del individuo pero también, «en ciertas circunstancias, de grupos de individuos y de comunidades»⁴⁷. Además, el Comité corrige expresamente a los redactores del PIDESC al señalar lo siguiente: «Los redactores de ese artículo al

⁴² Párrafos 2 y 25 de la Observación General núm. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho al agua (arts. 11 y 12): 29º periodo de sesiones, 20 de enero de 2003. Doc. ONU E/C.12/2002/11 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/402/32/PDF/G0340232.pdf?OpenElement>.

⁴³ Ídem, párrafo 7.

⁴⁴ Párrafo 6 de la Observación General núm. 18, sobre el derecho al trabajo (art. 6): 35º periodo de sesiones, 6 de febrero de 2006. Doc. ONU E/C.12/GC/18 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/403/16/PDF/G0640316.pdf?OpenElement>.

⁴⁵ En efecto, la interpretación realizada se centra fundamentalmente en el artículo 6 del PIDESC, dejándose los arts. 7 y 8 para otra ocasión (que todavía no ha llegado). Sin embargo, el Comité considera que los tres artículos son interdependientes, en la medida en que un trabajo digno presupone que se respetan los derechos del trabajador. Ídem, párrafo 8. En particular: «El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proclama el derecho al trabajo en un sentido general en su artículo 6 y desarrolla explícitamente la dimensión individual del derecho al trabajo mediante el reconocimiento, en el artículo 7, del derecho de toda persona a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en especial la seguridad de las condiciones de trabajo. La dimensión colectiva del derecho al trabajo se aborda en el artículo 8, que estipula el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al sindicato de su elección, así como el derecho de los sindicatos a funcionar libremente».

⁴⁶ El derecho enunciado en el art. 15.1.c) es el siguiente: «1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: [...] c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora».

⁴⁷ Párrafo 1 de la Observación General núm. 17 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor/a (art. 15.1.c): 35º periodo de sesiones, 12 de enero de 2006. Doc. ONU E/C.12/GC/17 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/400/63/PDF/G0640063.pdf?OpenElement>.

parecer daban por sentado que los autores de producciones científicas, literarias o artísticas eran personas físicas, *sin darse cuenta en ese momento* de que también podía tratarse de grupos»⁴⁸.

Y así, continúa el Comité, este derecho puede ser «reivindicado, ejercido o disfrutado» por grupos o comunidades⁴⁹. En especial –pero no parece que con carácter exclusivo–, el Comité hace alusión a los pueblos indígenas como posibles autores de producciones científicas, literarias o artísticas, que generalmente –prosigue– son expresiones de su patrimonio cultural y sus conocimientos tradicionales⁵⁰.

- Finalmente, en su Observación General núm. 21, sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (2009), el Comité recuerda –en línea con la Observación General núm. 17 anterior, pues los derechos a los que se refieren comparten enunciado– señala que para este derecho la expresión «toda persona» «se refiere tanto al sujeto individual como al sujeto colectivo. En otras palabras, una persona puede ejercer los derechos culturales: a) individualmente; b) en asociación con otras; o c) dentro de una comunidad o un grupo»⁵¹.

En especial –pero no exclusivamente–, el Comité se refiere a la dimensión colectiva de este derecho en las minorías culturales y en los pueblos indígenas, con una orientación que se corresponde con la tendencia reseñada al hilo del art. 27 del PIDCP. En cuanto a las minorías, el Comité señala expresamente que no sólo se trata de un derecho de quienes pertenecen a las minorías, sino también de las minorías en sí mismas, que podrán participar en la vida cultural de la sociedad y preservar, promover y desarrollar su propia cultura⁵². Y así, la interpretación defendida por este órgano señala que: «Las minorías, y quienes pertenecen a ellas, tienen derecho no solo a su propia identidad sino también a su desarrollo en todos los ámbitos de la vida cultural»⁵³. Como se puede ver, el Comité está sosteniendo una visión muy cercana a la mantenida por J. de Lucas respecto del art. 27 del PIDCP, al enunciar un verdadero derecho a la identidad y diversidad cultural.

Respecto a los pueblos indígenas, el Comité reconoce que «la fuerte dimensión colectiva de la vida cultural de los pueblos indígenas es indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral», más aún cuando los valores de esta vida cultural a veces sólo

⁴⁸ Ídem, párrafo 7. La cursiva es de la autora.

⁴⁹ Ídem, párrafo 8. No obstante, excluye de la protección de este artículo a las personas jurídicas que sean titulares de derechos de protección intelectual según los tratados internacionales u ordenamientos internos, ya que el Comité realiza una distinción entre el derecho humano a beneficiarse de esta protección y los derechos legales de protección intelectual, cuyas características y finalidad serían distintas. Ídem, párrafos 2 y 7.

⁵⁰ Ídem, párrafo 32. La autoría en estos casos puede ser individual (de alguno de los miembros) o colectiva. Curiosamente, cuando se refiere a las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas el Comité habla de «autores que pertenecen a esas minorías». Deja por tanto la duda de si esa autoría también puede ser colectiva (aunque no sea de la minoría como tal) o es exclusivamente individual. Ídem, párrafo 33.

⁵¹ Párrafo 9 de la Observación General núm. 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho a participar en la vida cultural (art. 15.1.a): 43º periodo de sesiones, 17 de mayo de 2010. Doc. ONU E/C.12/GC/21/Rev.1 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>.

⁵² Ídem, párrafo 32.

⁵³ Ídem, párrafo 33.

pueden ser expresados y ejercidos por los pueblos indígenas como comunidad. En este orden de cosas, se afirma el derecho que los pueblos indígenas tienen de actuar colectivamente para que se respete su derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su vida cultural, de la que el Comité ofrece numerosas manifestaciones⁵⁴.

Téngase por otro lado en cuenta que este derecho, que incluye –según dice el Comité– no sólo la participación en la vida cultural sino también el acceso y la contribución a ésta, afectan a un bien colectivo o participativo como es la cultura. En ese sentido, podría defenderse su condición de derechos colectivos como derechos a un bien colectivo en los diferentes términos señalados en el capítulo 3, apartado I.2. El Comité no pone énfasis en esta idea, pero sí reconoce que la cultura es un fenómeno interactivo a través del cual los individuos y las comunidades darían expresión a la cultura de la humanidad⁵⁵.

Como complemento a todo lo anterior, cabe señalar que el Comité pone especial cuidado en cada una de sus Observaciones Generales a la hora de proteger los derechos sociales en cuestión de los “grupos vulnerables”, aunque no constituyan en sentido estricto derechos colectivos. Tanto es así, que algunas de ellas están exclusivamente centradas en uno de estos grupos –como las personas con discapacidad o las personas mayores⁵⁶–, y que ha dedicado otra a la no discriminación en relación con los derechos sociales, donde se hace referencia a la existencia de una discriminación sistémica en los términos defendidos en el presente trabajo⁵⁷.

⁵⁴ Ídem, párrafos 36 y 37.

⁵⁵ El Comité DESC recuerda que, a estos efectos, existen distintas definiciones de cultura: (i) según el preámbulo de la Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural sería el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias; (ii) según el preámbulo de la Recomendación de la UNESCO relativa a la participación y la contribución de las masas populares en la vida cultural, "Recomendación de Nairobi" (1976) la cultura sería, por su propia naturaleza, un fenómeno social, el resultado de la creación común de los hombres y de la acción que ejercen unos sobre otros [...], que no se limita al acceso a las obras de arte y a las humanidades, sino que es a la vez la adquisición de conocimientos, exigencia de un modo de vida, necesidad de comunicación; (iii) según el art. 2 de la Declaración de Friburgo sobre los derechos culturales, abarcaría los valores, las creencias, las convicciones, los idiomas, los saberes y las artes, las tradiciones, instituciones y modos de vida por medio de los cuales una persona o un grupo expresa su humanidad y los significados que da a su existencia y a su desarrollo, etc.

⁵⁶ Observación General núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre las personas con discapacidad: 11º periodo de sesiones, 9 de diciembre de 1994. Doc. ONU E/1995/22 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/4b0c449a9ab4ff72c12563ed0054f17d?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/4b0c449a9ab4ff72c12563ed0054f17d?Opendocument).

Vid. asimismo la Observación General núm. 6 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores: 13º periodo de sesiones, 8 de diciembre de 1995. Doc. E/1996/22 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/482a0aced8049067c12563ed005acf9e?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/482a0aced8049067c12563ed005acf9e?Opendocument).

⁵⁷ «El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros». Párrafo 12 de la Observación General núm. 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre

II. LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS Y LOS DERECHOS SOCIALES COLECTIVOS

Hasta el momento se ha estado haciendo referencia a los derechos sociales colectivos que, según algunos autores y autoridades, podrían identificarse –siquiera *a priori*– en el sistema universal de protección de los derechos humanos. A continuación se tratarán aquellas posturas de las que se desprende la existencia de algunos derechos sociales fundamentales de naturaleza colectiva en el ordenamiento jurídico español.

Merece la pena realizar dos precisiones en este momento: la primera, que a menudo el foco de atención de los autores consultados no es la identificación de derechos sociales fundamentales de naturaleza colectiva sino, más bien, de los derechos colectivos fundamentales en general; la segunda, que es difícil encontrar obras donde se reflexione sobre la dimensión colectiva o individual de *todos* los derechos que podrían identificarse en la constitución española: los análisis más o menos sistemáticos estos derechos suelen quedar acotados precisamente a lo que cada autor entiende por derechos fundamentales, cuya sede en la constitución no es en absoluto unánime. Esta cuestión metodológica ha provocado que muchos derechos considerados típicamente como pertenecientes a la categoría de derechos sociales y enunciados en la constitución queden excluidos de sus consideraciones por estar contenidos en el capítulo III del Título I de la constitución española –relativo a los principios rectores de la política económica y social– o también, aunque menos frecuentemente, en la sección 2ª del capítulo II del Título I⁵⁸. En otros casos, se (sobre)entiende que los autores tampoco pretenden elaborar un análisis exhaustivo en este sentido, sino tan sólo ilustrar la existencia de algunos derechos colectivos fundamentales mediante una selección de ejemplos relevantes; sin embargo, los términos en que lo expresan dan pie en ocasiones a cierta confusión.

A pesar de todo, lo que se desprende claramente de estas obras es que entre los derechos fundamentales susceptibles de ser considerados como derechos colectivos, algunos pertenecerían a la categoría de derechos sociales. En ocasiones, la consideración como derechos colectivos les viene otorgada por su titularidad; en otras, por la confluencia de titularidad y objeto colectivos, ya que son pocos los autores que en esta sede aluden exclusivamente a la noción de bienes colectivos. Pero, como se ve, la presencia de derechos

la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2.2): 42ª periodo de sesiones, 2 de julio de 2009. Doc. ONU E/C.12/GC/20 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>.

⁵⁸ Con carácter general, se puede decir que hay tres concepciones sobre cuáles son en nuestra constitución los derechos fundamentales: (i) la primera –más restringida y la que cabría destacar por ejemplo a I. de Otto y Pardo– es la que limita los derechos fundamentales a los contenidos en la sección 1ª del capítulo II del Título I, susceptible de ser recurridos en amparo ante el Tribunal Constitucional; (ii) la segunda –mayoritaria entre la doctrina española y donde se inscriben P. Cruz Villalón o J. Jiménez Campo– entiende que los derechos fundamentales son los incluidos en todo el capítulo II del Título I, que gozarían de eficacia directa y vincularían a todos los poderes públicos, incluido el legislador mediante la garantía del contenido esencial; (iii) finalmente, autores como L. Prieto Sanchís consideran que los derechos fundamentales son derechos resistentes y, en ese sentido, se incluirían todos los derechos del Título I por más que unos sean más resistentes que otros. Véase a estos efectos PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 482-489 y ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., pp. 70-73.

colectivos en la constitución española no se limitaría a la categoría de derechos sociales sino que, también, cubriría algunos derechos civiles y políticos.

1. Algunos ejemplos según la doctrina académica y jurisprudencial:

En el capítulo 3 se vio que existe cierta polémica en torno a si entre los derechos colectivos cabe incluir a los derechos de corporaciones, debidamente regulados por el Derecho societario. Aun teniendo esto en mente, lo cierto es que es difícil no contar en la exposición que ahora sigue con esta modalidad de derechos, a la que se presta notable atención tanto desde la filosofía del Derecho como, sobre todo, desde el Derecho constitucional. Mucho más si se considera que, como se ha visto, para muchos autores la condición de sujeto colectivo o de persona jurídica resultan determinantes para poder hablar de derechos colectivos o de grupos –fundamentales y en general–, como era el caso por ejemplo de G. Peces-Barba o A. E. Pérez Luño, cada uno desde su propia perspectiva⁵⁹.

¿Quiénes son los titulares de los derechos en la constitución española? ¿Hay derechos atribuidos a personas jurídicas u otros grupos? En su caso, ¿a qué categoría pertenecen?

Como muchos autores y el propio Tribunal Constitucional se han prestado a afirmar⁶⁰, la constitución española carece de una cláusula específica sobre si las personas jurídicas –u otros sujetos distintos de las personas físicas– pueden ser titulares de derechos fundamentales con carácter general, como sí lo hacen en cambio la constitución alemana de 1949 o la constitución portuguesa de 1976⁶¹. Y sin embargo, los colectivos no están ausentes de la constitución, como se desprende no sólo de las colectividades presentes entre los principios rectores sino, también, de las referencias puntuales a las comunidades, los sindicatos, los grupos sociales y políticos, los colectivos de españoles, etc. repartidas a lo largo del capítulo II del Título I. Estas previsiones –dice L. Prieto Sanchís– pueden responder a distintas razones, pero no han de interpretarse como un principio de exclusión de los grupos en la titularidad de los demás

⁵⁹ Recuérdese que, para G. Peces-Barba, se está hablando de sujetos colectivos cuando poseen *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar* (personalidad jurídica), por lo que su existencia depende a su vez de la previa –o simultánea, en cuyo caso se tratará de un reconocimiento “sub conditione”– regulación por el Derecho en cuanto al estatus, procedimientos internos, órganos de gobierno, control, representación, etc. En parte por esa falta de sujeto colectivo este autor rechaza que los derechos sociales fruto del proceso de especificación puedan considerarse como derechos colectivos y los remite a la categoría de derechos individuales situados en un colectivo. PECES-BARBA, G. “Los derechos colectivos”, cit., pp. 68-76. Para A. E. Pérez Luño, los entes colectivos a los que en ocasiones puede equipararse a efectos jurídicos a los sujetos individuales deben reunir, en todo caso, las condiciones exigidas para ser sujetos de derechos: quedan así fuera los entes indeterminados y entran en cambio las asociaciones, corporaciones, sociedades, instituciones o fundaciones. PÉREZ LUÑO, A. E. “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, cit., pp. 264-265.

⁶⁰ Vid. por ejemplo BASTIDA FREIJEDO, F. J. *et al. Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit., p. 88; ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., p. 124; GÓMEZ MONTORO, A. J. “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación (1)”, cit., p. 56; Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/1995, de 26 de septiembre (fundamento jurídico 4).

⁶¹ El artículo 19.3 de la constitución alemana de 1946 dice así: «Los derechos fundamentales se extienden a las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, con arreglo a su respectiva naturaleza, aquellos les sean aplicables». El artículo 12.2 de la constitución portuguesa de 1976, por su parte, enuncia lo siguiente: «Las personas colectivas gozarán de los derechos y estarán sometidas a los deberes compatibles con su naturaleza».

derechos⁶². El método ha de ser más casuístico, según indica el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 19/1983, de 14 de marzo: «La cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos»⁶³.

Para G. Rosado Iglesias, el Tribunal Constitucional ha ido ofreciendo respuestas concretas y específicas sobre la titularidad de los derechos que, sin embargo, en lo que a las personas jurídicas toca parecen depender de dos criterios o dimensiones: (i) en primer lugar, de la naturaleza del derecho y la posibilidad de que sea susceptible de ejercicio por éstas –pues, a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas, a las personas jurídicas no se les reconoce la titularidad de un derecho si simultáneamente no pueden ejercerlo–; y (ii) en segundo lugar, la propia naturaleza de la persona jurídica –privada o pública–, sus fines y su vinculación con el derecho fundamental⁶⁴. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

... puede sostenerse que, desde un punto de vista constitucional, existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la titularidad de las personas jurídicas a determinados derechos fundamentales. Ahora bien, esta capacidad, reconocida en abstracto, necesita evidentemente ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental. Es decir, no sólo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta⁶⁵.

Así, habría algunos derechos que, por su propia naturaleza o carácter, solamente pueden ser individuales, como afirman tanto el Tribunal Constitucional como la doctrina⁶⁶. Pero dejando estos casos aparte, se han planteado dos tipos de situaciones: en algunas ocasiones, ya se ha visto, la propia constitución parece atribuir derechos a determinados grupos y colectivos

⁶² PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios de derechos fundamentales*, cit., p. 123.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 19/1983, de 14 de marzo (fundamento jurídico 2). De ella se hace eco también PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios de derechos fundamentales*, cit., p. 122.

⁶⁴ ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., p. 133. Afirma G. Rosado Iglesias: «A diferencia de las personas físicas en que titularidad y ejercicio pueden distinguirse, el criterio para determinar si una persona jurídica puede ser titular de derechos y, concretamente, de derechos fundamentales parece que debe tener en consideración la capacidad de la concreta persona jurídica para ejercerlos; lo que [...] sólo puede realizarse desde la doble perspectiva de la naturaleza del derecho y de la naturaleza de la persona jurídica: mientras algunos derechos no permiten margen de duda acerca de tal posibilidad (la libertad de empresa sería el ejemplo prototípico), y otros parecen de imposible extensión (la vida), hay un tercer grupo de derechos cuyo reconocimiento a las personas jurídicas ha sido objeto de demanda ante la jurisdicción». Ídem, p. 52.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/1995, de 26 de septiembre (fundamento jurídico 4). El subrayado es de la autora.

⁶⁶ En la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 19/1983, de 14 de marzo (fundamento jurídico 2), éste hace expresa alusión a la libertad personal (art. 17 de la CE) y al derecho a la intimidad familiar (art. 18 de la CE). Por su parte, L. Prieto Sanchís menciona el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15), el derecho a contraer matrimonio (art. 32) o el derecho al *habeas corpus* (art. 17), sin carácter exhaustivo. PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios de derechos fundamentales*, cit., p. 122. G. Rosado Iglesias se refiere a estos derechos y otros más, como por ejemplo la libertad de circulación (art. 19), la libertad de cátedra (art. 20.1.c), el derecho de sufragio y el derecho de acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad (art. 23), el derecho a educación –desde la perspectiva del derecho a recibir educación (art. 27.1)–, el derecho a trabajar y recibir como contraprestación una remuneración suficiente (art. 35), el derecho a la asistencia y prestación social (art. 41) y el derecho a la protección de la salud (art. 43.1). Como se ve, entre esos derechos señalados doctrinalmente por esta autora se incluyen importantes derechos sociales. ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., pp. 168-171.

distintos de la persona física y no siempre coincidentes con las personas jurídicas⁶⁷; en otros casos, el texto constitucional es más ambiguo. Pero incluso cuando parece sugerirse una titularidad individual, esos enunciados en términos individuales no han impedido al Tribunal Constitucional extender la titularidad a sujetos distintos de las personas físicas si desde las dos dimensiones antes apuntadas se considera que esa atribución es posible y conveniente⁶⁸. Con todo, cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha rechazado, con carácter general pero con algunas excepciones, que las personas jurídico-públicas sean titulares de derechos fundamentales y, en cambio, mantenido una actitud mucho más abierta con las personas jurídico-privadas⁶⁹. Por lo tanto, para algunos la titularidad podría ser no sólo individual sino también colectiva.

De esta pluralidad de situaciones se han hecho eco tanto L. Prieto Sanchís como G. Peces-Barba, entre otros. Ello ha llevado a este último a distinguir entre lo que él denomina derechos colectivos propios –los reconocidos expresamente en el texto constitucional– y derechos colectivos impropios –aquéllos que, siendo en principio de titularidad individual, también podrían serlo de los grupos y colectivos–⁷⁰. El resultado es el siguiente:

DERECHOS COLECTIVOS FUNDAMENTALES SEGÚN G. PECES-BARBA⁷¹	
Derechos colectivos propios	
1	La libertad ideológica, religiosa y de culto reconocida a las <i>comunidades</i> (art. 16.1 CE)

⁶⁷ G. Rosado Iglesias matiza que no todos los enunciados donde aparecen colectivos tienen la estructura de derecho fundamental, gozan de igual eficacia o posibilidades para reivindicarlos ante la jurisdicción ni todos los colectivos tienen la misma entidad o capacidad de identificación, lo que repercute en la determinación y declaración de la titularidad y en la articulación de sus medios de protección. ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., p. 90-91.

⁶⁸ El Tribunal Constitucional ha llegado a reconocer derechos fundamentales a entes sin personalidad jurídica como el “pueblo judío” en relación con el derecho al honor, en la polémica Sentencia núm. 214/1991, de 11 de noviembre. Ahora bien, F. J. Bastida Freijedo *et al.* señalan que de este caso no cabe deducir una atribución general de la titularidad de los derechos fundamentales a cualesquiera colectivos sin personalidad jurídica ni tampoco cabe equiparar a éstos con otros entes colectivos dotados de una personalidad jurídica parcial, como las secciones sindicales o los grupos parlamentarios. BASTIDA FREIJEDO, F. J. *et al. Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit., p. 90. También plantea dudas sobre esta sentencia y su interpretación GÓMEZ MONTORO, A. J. “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación (1)”, cit., pp. 55-56.

⁶⁹ Según G. Rosado Iglesias, entre esas excepciones se les ha reconocido el derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión procesal, la igualdad en la aplicación de la ley y, según la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 64/1988, de 12 de abril (fundamento jurídico 1), a aquellos ámbitos de libertad de los que deben disfrutar sus miembros o la generalidad de los ciudadanos. En la práctica, esto se ha traducido en la autonomía universitaria y la libertad de información. ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, cit., pp. 257-296. Véase también el capítulo 4, apartado I.3 sobre la conexión entre la legitimación de las personas jurídicas y sus efectos en cuanto a la titularidad.

⁷⁰ Se podría decir, en ese sentido, que muchos de los derechos colectivos interpretados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituirían derechos colectivos impropios, al estar atribuidos tanto a personas individuales como a determinados grupos.

⁷¹ PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 428-429; PECES-BARBA, G. “Los derechos colectivos”, cit., pp. 74-75.

2	El derecho de creación de centros docentes reconocido a las <i>personas jurídicas</i> , el derecho al carácter propio del ideario (art. 27.6 CE) y el derecho a la autonomía de las <i>universidades</i> (art. 27.10 CE) ⁷²
3	El derecho de acceso a los medios de comunicación dependientes del Estado para los <i>grupos sociales y políticos representativos</i> (art. 20.3 CE)
4	El derecho de los <i>sindicatos</i> a formar confederaciones, fundar organizaciones sindicales internacionales y afiliarse a las mismas (art. 28.1 CE)
5	El derecho de petición de los <i>colectivos de españoles</i> , del que están excluidos los miembros de las fuerzas o institutos armados y de los cuerpos sometidos a disciplina militar (art. 29 CE) ⁷³
6	El derecho a la autonomía para las nacionalidades y regiones (art. 2 CE)
Derechos colectivos impropios	
1	El derecho al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE)
2	El derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE)
3	El derecho al secreto de comunicaciones (art. 18.3 CE)
4	La libertad de residencia (art. 19 CE)
5	El derecho de reunión (art. 21 CE)
6	La libertad de enseñanza (art. 27.1 CE)
7	El derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales (art. 24.1 CE)

Además, para este autor también cabría hablar de derechos individuales cuyo ejercicio –colectivo– daría lugar al nacimiento de sujetos colectivos y, con ello, de derechos colectivos. Ése sería el caso por ejemplo del derecho de asociación (art. 22.1 CE) y el consecuente derecho de las asociaciones a no ser disueltas o a que sus actividades no sean suspendidas salvo resolución judicial motivada (art. 22.4 CE)⁷⁴. Otro ejemplo en este sentido y aportado por F. J. Bastida *et al.* sería el derecho de fundación (art. 34 CE). Para estos últimos autores, la creación

⁷² Sobre la autonomía universitaria, cabe señalar que G. Peces-Barba se hace eco de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 26/1987, de 27 de febrero (fundamento jurídico 4). En ella, el Tribunal Constitucional señala que lo dispuesto en el art. 27.10 CE no es una garantía institucional sino un auténtico derecho fundamental –aunque ambas sean categorías jurídicas compatibles– atribuido a cada universidad en particular y no al conjunto de las universidades.

⁷³ Nótese que, por ejemplo, para A. García Inda el derecho de petición colectiva sería un derecho individual de ejercicio colectivo. GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 52.

⁷⁴ PECES-BARBA, G. “Los derechos colectivos”, cit., p. 75. De estas conexiones y, al mismo tiempo, diferencias, da cuenta también SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J. “Los derechos colectivos desde la perspectiva constitucional española”, cit., p. 109. Cabría distinguir para G. Peces-Barba entre las posiciones constitucionales de distintos grupos o colectivos titulares: (i) los grupos o colectivos cuyos derechos están directamente reconocidos en la constitución o por el Tribunal Constitucional –esto es, serían los titulares de los derechos colectivos propios–; (ii) las personas jurídicas de Derecho privado que por su naturaleza pueden ser titulares de derechos cuya titularidad es en principio individual; (iii) las asociaciones o colectivos que defienden intereses o valores al amparo de la ley de asociaciones y de que aquellos que por su propia naturaleza puedan serles atribuidos; y (iv) los poderes públicos que pueden ser titulares del derecho a la tutela judicial efectiva. PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., p. 431.

del ente colectivo –al que por regla general se le atribuye personalidad jurídica– justificaría la titularidad del derecho de cuyo ejercicio es producto y de aquellos otros derechos instrumentales para su ejercicio⁷⁵.

De este listado se desprende que G. Peces-Barba ha reconocido la existencia de algunos derechos colectivos fundamentales pertenecientes a la categoría de derechos sociales, pero también a otras como las de derechos civiles y políticos o relacionados con varias categorías a la vez. Por otro lado, parece que las listas ofrecidas no pretenden ser exhaustivas de todos los derechos colectivos fundamentales –propios e impropios– en la constitución española, habida cuenta de que en ellas se echan de menos tanto derechos pertenecientes a la sección 1ª del capítulo II del Título I⁷⁶ como a cualquiera de los derechos no integrados en ésta, más aún teniendo en cuenta que el autor tampoco se proponía expresamente ceñirse al concepto más formal y restringido de derechos fundamentales –esto es, los limitados a esa sección–; muy especialmente, se echan en falta reflexiones sobre el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios o el derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (ambos en el art. 37)–.

Precisamente a algunos de estos últimos derechos se refiere L. Prieto Sanchís. Éste, una vez considerados los derechos de «titular indiferenciado», alude a una serie de «derechos que son por naturaleza colectivos, es decir, aquellos cuyo ejercicio sólo tiene sentido cuando se realiza por un grupo de personas»⁷⁷.

La lista es la siguiente:

DERECHOS GENUINAMENTE COLECTIVOS SEGÚN L. PRIETO SANCHÍS⁷⁸	
1	El derecho de los grupos sociales y políticos significativos al acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público (art. 20.3 CE)
2	El derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas (art. 28.1 CE)
3	El derecho de los sindicatos (“representantes de los trabajadores”) a la negociación colectiva (art. 37.1 CE)
4	El derecho a la huelga (art. 28.2 CE). No obstante, cabe aclarar que para L. Prieto Sanchís el derecho de huelga presenta también una dimensión individual por cuanto cada trabajador es libre de sumarse o no a las huelgas declaradas
5	El derecho de la familia a obtener protección social, económica y jurídica (art. 39.1 CE)
6	El derecho de las asociaciones de consumidores y usuarios a ser oídos en las cuestiones que puedan afectarles (art. 51.2 CE)

⁷⁵ BASTIDA FREIJEDO, F. J. *et al. Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit., p. 88.

⁷⁶ Por ejemplo, piénsese en el derecho a la libertad de información (art. 20 CE) entre los derechos colectivos impropios o en un derecho de titularidad tan debatida como el derecho de huelga (art. 27.2 CE), al que ni siquiera se menciona para rechazar su titularidad colectiva.

⁷⁷ PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios de derechos fundamentales*, cit., p. 123.

⁷⁸ Ídem, pp. 123-124.

De nuevo se puede apreciar que el listado incluye numerosos derechos sociales, pero no está compuesto exclusivamente por derechos pertenecientes a esta categoría –piénsese en el acceso a los medios de comunicación social; se trata éste sin duda de un derecho procedente de la filosofía del Estado social, pero no es un derecho social tal y como se han definido en este trabajo–. Aún así, se echan en falta algunos derechos derivados de la definición que el autor plantea. Más aún, si cabe, porque el autor se expresa en términos rotundos –«Éstos son, a nuestro juicio, los derechos genuinamente colectivos»– que no dan a entender que la lista sea meramente ejemplificativa. Por ejemplo, si el criterio de la titularidad colectiva se deriva del hecho de que el ejercicio sólo cobra sentido cuando se ejerce colectivamente o por un grupo de personas, ¿por qué no se hace referencia al derecho de asociación o al derecho de reunión? ¿O es que la titularidad del derecho no se deriva del ejercicio, sino que se suma a él? En ese caso, ¿por qué incluir la huelga y excluir un derecho como la autonomía universitaria? El autor ha mencionado en un momento anterior los derechos de las comunidades, de petición colectiva o de libertad de creación de centros docentes, pero se desconoce el motivo por el que no los incluye en la lista final⁷⁹.

R. Escudero Alday y G. Jáuregui aportan un nuevo enfoque, más próximo a la noción de derechos colectivos que atiende al objeto y comporta consecuencias en cuanto a la titularidad. Según señala el primero de ellos, dos elementos necesarios han de concurrir en la definición e identificación de los derechos colectivos: sujeto colectivo e interés colectivo. Así, el derecho trata de proteger un interés cuya naturaleza es tal que su protección sólo resulta eficaz si se atribuyen a un sujeto colectivo, segundo elemento necesario. En otras palabras: un derecho de titularidad individual no lograría su propósito en relación con este tipo de bienes, no sería suficiente. Por eso, R. Escudero Alday rechaza considerar como derechos colectivos los derechos impropios a los que hacía referencia G. Peces-Barba, derechos fundamentales de titularidad individual que, en un determinado momento, pueden llegar a atribuirse a sujetos colectivos en la medida en que resulta aplicables a ellos por su propia naturaleza. En ese sentido, el *único* titular posible para los derechos colectivos ha de ser colectivo y ello, como se dice, tiene que ver con el interés protegido⁸⁰.

También para G. Jáuregui deben combinarse simultáneamente ambas condiciones, sujeto colectivo (que conlleva un ejercicio colectivo) y objeto colectivo.

Los derechos colectivos son, pues, derechos cuyo titular no es un individuo sino un grupo o conjunto de individuos. En la sociedad actual, y cada vez más, existen facultades o acciones que no pueden ejercerse sino de forma colectiva, y ello porque existen intereses, bienes, fines o necesidades colectivas cuya defensa y realización sólo pueden llevarse a cabo de forma colectiva.

Los derechos colectivos implican, por lo tanto, la existencia de sujetos colectivos, es decir, grupos

⁷⁹ ¿Tal vez por esta mención previa? ¿O es que acaso los considera de titular indiferenciado –*e.g.*, libertad religiosa individual y colectiva, derecho de petición individual y colectivo–? La cuestión no queda del todo clara.

⁸⁰ «El primer dato característico de la titularidad de los derechos colectivos consiste en entender que se trata de derechos cuyo titular sólo puede ser un sujeto colectivo. O, lo que es lo mismo, que su titular nunca puede ser un sujeto individual. [...] el siguiente elemento que concurre en su formación, también de forma necesaria, se refiere a la existencia de un interés colectivo. Los derechos colectivos serían, si se admitiera esta caracterización, derechos que se conceden a un sujeto colectivo para la defensa de un interés colectivo, entendiendo por tal un interés que no puede salvaguardarse y satisfacerse más que a través de esta forma». ESCUDERO ALDAY, R. "Los derechos colectivos, frente al disparate y la barbarie". En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*, cit., p. 169.

de individuos, en los que los fines y los intereses en juego son ya algo más que los de cada individuo y donde una voluntad no vale por sí sola⁸¹.

Ahora bien, no debe olvidarse –precisa en otro momento este autor– que tanto esa voluntad colectiva como ese interés colectivo se sustentan en la voluntad y el interés de los individuos que integran el grupo. Ello hace que sea imposible hablar de derechos colectivos sin individuos, como señalaba N. López Calera⁸².

Además, R. Escudero Alday precisa que los derechos colectivos fundamentales no dependen de la adquisición de personalidad jurídica, como parece desprenderse de posiciones como la de G. Peces-Barba o A. E. Pérez Luño⁸³. En cambio, para este autor ese requisito no puede lastrar la titularidad de un derecho que se predica fundamental: podrá ser un requisito legal, pero nada más⁸⁴.

Así pues, los listados que se desprenden para R. Escudero Alday y G. Jáuregui de la combinación inseparable de sujeto colectivo e interés colectivo serían en principio los siguientes:

DERECHOS COLECTIVOS SEGÚN R. ESCUDERO ALDAY ⁸⁵	
1	Los <i>derechos de los sindicatos</i> para defender los intereses del conjunto de los trabajadores (condiciones socio-laborales), que se concretan en la libertad sindical en su vertiente colectiva (art. 28.1 CE) y la negociación colectiva (art. 37.1 CE). El autor demuestra más dudas en cuenta al derecho a la huelga (art. 28.2 CE), cuya titularidad individual o colectiva es discutida.
2	La <i>autonomía universitaria</i> (art. 27.10 CE), donde concurren un sujeto colectivo y un interés colectivo: la autonomía de los centros universitarios, entendida como la exclusión de interferencias extrañas o ajenas a ellos a la hora de desarrollar las libertades académica y de investigación.
3	El <i>derecho a la autodeterminación</i> de los pueblos (art. 1 del PIDESC), cuyo sujeto colectivo estaría conformado por el conjunto de los sujetos individuales que lo componen y cuyo interés es la autodeterminación política, que sólo puede ser satisfecho si se concede el derecho al colectivo.

⁸¹ JÁUREGUI, G. “Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible”, cit., p. 56. El subrayado es de la autora.

⁸² Ídem, p. 63. Vid. También LÓPEZ CALERA, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, cit., p. 135.

⁸³ Véase la nota al pie 59.

⁸⁴ «Un sindicato optará por adquirir personalidad jurídica si así lo desea, o bien porque considere que éste es un medio adecuado para organizar su funcionamiento, o incluso porque la ley le obligue a ello para la realización de ciertas actividades. Pero, ni la libertad sindical ni el derecho a la negociación colectiva dependen, en cualquier caso, de la adquisición de personalidad jurídica, es decir, del cumplimiento de un requisito legal». ESCUDERO ALDAY, R. “Los derechos colectivos, frente al disparate y la barbarie”, cit., p. 170.

⁸⁵ Ídem, pp. 171-172.

DERECHOS COLECTIVOS SEGÚN G. JÁUREGUI ⁸⁶	
1	El derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2 CE)
2	Los derechos de los partidos políticos (art. 6 CE) y sindicatos (art. 7 CE)
3	El derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto de las comunidades (art. 16.1 CE)
4	El derecho de información de los medios de comunicación social (art. 20.3 CE)
5	La libertad de creación de centros docentes por parte de las personas jurídicas (art. 27.6 CE)
6	El derecho a la autonomía de las universidades (art. 27.10 CE)
7	El derecho de negociación colectiva de trabajadores y empresarios (art. 37 CE)
8	El derecho a la autonomía de municipios y provincias (art. 137 y 140 CE)
9	Diversos derechos recogidos en el título VIII <i>in extenso</i>
10	Los derechos históricos de los territorios forales (Disposición Adicional Primera)

Al igual que en los autores anteriores, en ambos listados (uno notoriamente más extenso que otro) pueden localizarse derechos de diversas categorías: sociales, políticos, civiles y de cuarta generación, aunque las fronteras en los textos constitucionales nunca sean del todo nítidas.

Cabe en este momento realizar una precisión en cuanto al derecho de huelga. ¿Es un derecho colectivo o un derecho individual de ejercicio colectivo, como se defendía en el capítulo 4, apartado 1.3? Ninguna de estas posiciones parece contradecir en el fondo la idea de que la huelga, como afirma J. L. Monereo Pérez, es un «fenómeno eminentemente colectivo, por cuanto su ejercicio corresponde a una acción concertada, grupal»⁸⁷. De hecho, la abstención individual al trabajo no tiene ninguna trascendencia –como huelga– si no se realiza conjuntamente: por eso, es el carácter colectivo lo que transforma la abstención individual en huelga, lo que la dota de sentido⁸⁸. Y sin embargo, la cuestión de la titularidad de este derecho sigue siendo –todavía hoy– una de las cuestiones que más divide a los estudiosos de este derecho incluso aunque el Tribunal Constitucional se haya pronunciado al respecto.

Actualmente pueden distinguirse tres posturas en cuanto a este particular⁸⁹:

⁸⁶ JÁUREGUI, G. “Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible”, cit., p. 57. El autor está haciendo referencia a los derechos en la constitución, con independencia (parece) de que sean fundamentales o no.

⁸⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. (coord.). *Derecho de huelga y conflictos colectivos: estudio crítico de la doctrina jurídica*. Granada: Comares, 2002, p. 51. Aún así, ese dato depende de la concepción que se tenga de la huelga. Como señala O. Sánchez Martínez, el que la huelga sea considerada por el ordenamiento jurídico como un delito, como un incumplimiento contractual o como un derecho –tal habría sido su evolución histórica– depende de que se resalte su aspecto individual o su aspecto colectivo. En la huelga como delito y en su consideración derecho se prestaría más atención a su carácter colectivo. Por el contrario, el tratamiento de la huelga como incumplimiento contractual acentuaría el efecto de las mismas sobre el plano individual, es decir, sobre la abstención al trabajo. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M^a O. *La huelga ante el Derecho: conflictos, valores y normas*, cit., p. 115.

⁸⁸ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M^a O. *La huelga ante el Derecho: conflictos, valores y normas*, cit., p. 116.

⁸⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. (coord.). *Derecho de huelga y conflictos colectivos: estudio crítico de la doctrina jurídica*, cit., pp. 52 y ss. También se refieren a estas tres posturas SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M^a O. *La huelga ante el Derecho: conflictos, valores y normas*, cit., pp. 196-197 y GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., pp. 50-51.

- La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias en España defienden la tesis expuesta en el capítulo 4, apartado I.3, esto es, recurren a la separación entre titularidad y ejercicio: el derecho de huelga sería un derecho atribuido a los trabajadores individualmente –*uti singuli*, decía el Tribunal Constitucional⁹⁰–, pues serían ellos quienes deciden si sumarse o no a la huelga; no obstante, su ejercicio sería colectivo, dada la importancia de la concertación entre los trabajadores y el papel que desempeñan sus representantes y las organizaciones sindicales. En particular, el papel de los sindicatos en el ejercicio de las *facultades* de la huelga se desprendería también de la libertad sindical –de la combinación del art. 7 CE y del art. 28.1 CE–, pero ello no introduciría matización alguna sobre la titularidad del derecho de huelga⁹¹.

Sin embargo, se han alzado algunas críticas a este modelo, que por lo demás no sería el único modelo existente si se analiza la doctrina comparada: así, junto a la concepción individualista de la huelga se encuentran otras basadas en la naturaleza orgánica – en la titularidad sindical –⁹² o en la titularidad compleja del derecho.

- De hecho, el papel desempeñado por los grupos ha provocado que otro sector doctrinal –en el cual podría señalarse a M. R. Alarcón Caracuel– ofrezca precisamente la solución inversa a la anterior, que todavía distingue entre titularidad y ejercicio: la titularidad del derecho de huelga sería orgánica o institucional –incluso sólo sindical–, otorgada «uti universi» al grupo para la tutela de intereses colectivos, mientras que los trabajadores podrían ejercer su derecho de forma individualizada⁹³. Así, sólo al sindicato correspondería activar el derecho y esa decisión legitimaría jurídicamente las actuaciones de los trabajadores que han de sumarse o no a la huelga convocada⁹⁴.
- Aún así, la separación entre titularidad y ejercicio resulta para autores como J. L. Monereo Pérez un método «cómodo pero discutible», cuya formulación distaría de ofrecer la claridad conceptual y la precisión técnica necesarias⁹⁵. Por eso se adscriben a una suerte de «tercera vía» que opta por la titularidad compleja y diferenciada en atención a su estructura y contenido igualmente complejos. Esa diferente titularidad no se predica del derecho en sí, pero sí de las necesarias facultades de exteriorización y ejercicio de éste: de ahí que haya facultades colectivas –no necesariamente sindicales–,

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981, de 8 de abril (fundamento jurídico 11).

⁹¹ De hecho, para M^a. E. Casas Baamonde las llamadas “facultades colectivas” de su ejercicio forman parte no tanto de la definición o contenido esencial del artículo 28.2 CE sino del derecho de libertad sindical del art. 28.1 CE, por lo que la titularidad individual del derecho de huelga sería la única conclusión constitucional posible. MONEREO PÉREZ, J. L. (coord.). *Derecho de huelga y conflictos colectivos: estudio crítico de la doctrina jurídica*, cit., p. 9.

⁹² Por ejemplo, en Alemania, Gran Bretaña, Suecia o Estados Unidos sólo puede desarrollarse lícitamente la huelga a través del sindicato; las huelgas organizadas por grupos de trabajadores se denominan “huelgas salvajes” y son consideradas ilícitas. Ídem, p. 52-55.

⁹³ Dice este autor: «... para mí es bastante claro que el derecho de huelga no es de «titularidad individual y ejercicio colectivo», como reza el pareado tradicional, sino más bien al contrario: “de titularidad colectiva y ejercicio individual”. Porque ni un trabajador singular puede convocar una huelga, ni tampoco un sindicato puede abstenerse de acudir al trabajo». ALARCÓN CARACUEL, M. R. “Un posible modelo de regulación de la huelga que afecte a servicios esenciales de la comunidad”. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*. 1991, núm. 2, p. 261.

⁹⁴ Así describe esta postura MONEREO PÉREZ, J. L. (coord.). *Derecho de huelga y conflictos colectivos: estudio crítico de la doctrina jurídica*, cit., pp. 57-58.

⁹⁵ Ídem, pp. 9 y 56.

como la convocatoria, por ejemplo, y facultades individuales, como la adhesión a la huelga⁹⁶. Puede verse que, en el fondo, esta fórmula no se aleja tanto de la expuesta en primer lugar, como ha señalado V. A. Martínez Abascal y ha ido reconocimiento el propio J. L. Monereo Pérez con el tiempo, aunque sí la reformula⁹⁷. En cualquier caso, la dispersión de la titularidad respecto a las facultades puede plantear problemas de eficacia del derecho si no se plantean de forma inextricable. De nada serviría que un sindicato convocase o desconvocase una huelga si los trabajadores –respectivamente– no se adhieren o se niegan a abandonarla, del mismo modo que poco importa que los trabajadores deseen ejercer este derecho si no se alcanza la mayoría requerida o no se logra el apoyo de los sujetos facultados para convocarla⁹⁸.

A todo lo anterior cabría añadirle las consideraciones sobre si la huelga puede inscribirse dentro de la categoría de los bienes participativos o comunales cuya titularidad, recuérdese, ha de ser necesariamente colectiva en la medida en que no se disfrutan como individuos. En la medida en que ya se han manifestado estas dudas en el capítulo 4, apartado 1.3, no se procederá a repetir las.

2. ¿Por qué pueden ser derechos fundamentales los derechos colectivos?

Se está hablado todo el tiempo de derechos colectivos fundamentales, pero, ¿qué es lo que los hace fundamentales, más allá de su inscripción formal en la específica sede constitucional que se considere correcta? Recuérdese que, según se vio en la Introducción, los derechos fundamentales constituyen la concepción de los derechos humanos presente en la constitución española u otros textos de Derecho positivo, por lo que deben siempre respetar el núcleo de certeza del concepto de derechos humanos.

Para G. Peces-Barba, los derechos colectivos fundamentales –incluidos por lo tanto los pertenecientes a la categoría de derechos sociales, pero no exclusivamente– son los que se ajustan a los requisitos conceptuales propios de todo derecho fundamental, siguiendo el

⁹⁶ Lo “diferenciado” no sería, pues, el núcleo indisponible y exclusivo de la “titularidad del derecho”, sino la «titularidad de las facultades en que el derecho consta». MONEREO PÉREZ, J. L. (coord.). *Derecho de huelga y conflictos colectivos: estudio crítico de la doctrina jurídica*, cit., p. 58. Algo similar se habría realizado con la libertad sindical, cuya titularidad individual y colectiva no se discute doctrinal ni judicialmente, dice este autor. Ídem, p. 59. También parece adscribirse a esta postura SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M^a O. *La huelga ante el Derecho: conflictos, valores y normas*, cit., p. 198.

⁹⁷ MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. “La titularidad del derecho de huelga. Los sujetos titulares en el plano individual y en el plano colectivo”. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*. 2010, núm. 2 y 3, p. 29; vid. también MONEREO PÉREZ, J. L. “La titularidad del derecho de huelga y sus manifestaciones anómalas, ilegales o abusivas. Propuestas de reforma”. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*. 2010, núm. 2 y 3, p. 172: «En suma, no existen inconvenientes relevantes para defender la titularidad individual del derecho y la titularidad compartida (por los trabajadores huelguistas y los sujetos colectivos, tenga éstos o no naturaleza estrictamente sindical) de las facultades de ejercicio colectivo implicadas en el derecho de huelga. [...] Ello deriva de la estructura jurídica compleja del derecho de huelga. Al tiempo ello supone mantener, pero revisándola, una fórmula clásica (titularidad individual del derecho y ejercicio colectivo del mismo), contribuyendo a clarificar la complejidad del núcleo de facultades colectivas que comprende el ejercicio del derecho de huelga».

⁹⁸ Ídem, pp. 60-61.

modelo dualista o trialista por él defendido⁹⁹ y que, a grandes rasgos, se pueden resumir del siguiente modo: se trata de (i) *pretensiones éticas justificadas* –esto es, basadas en la dignidad humana, generalizables y con posible contenido igualitario– (ii) susceptibles de ser *incorporadas al ordenamiento jurídico* como derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades y (iii) generalmente *eficaces* dada la realidad social¹⁰⁰.

El cumplimiento de tales requisitos resulta de extrema importancia para este autor, y la aplicación de este test le ha llevado a defender la “desfundamentalización” *de facto* no sólo del derecho de propiedad sino, asimismo, de un derecho social –en principio individual– tan tradicional como el derecho al trabajo, a pesar incluso de su positivización en la sección 2ª del capítulo II del Título I (art. 35 CE). Tal y como él concibe este derecho –i.e., como un derecho de prestación que impone una obligación a los poderes públicos de proporcionar un trabajo a *quien no lo tiene*¹⁰¹– no reuniría en la actualidad ninguno de los requisitos¹⁰².

⁹⁹ Como resultado de combinar la necesidad de que concurra un sujeto colectivo y se cumplan los requisitos propios de todo derecho fundamental, G. Peces-Barba afirma lo siguiente: «Los derechos colectivos fundamentales son sólo aquellos derechos fundamentales que pueden tener como destinatario o como titular a sujetos colectivos». PECES-BARBA, G. “Los derechos colectivos”, cit., p. 68.

¹⁰⁰ Ídem, pp. 70-72; vid. también PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 109-112. Nótese sin embargo que en otras obras anteriores el autor prescinde del rasgo de la eficacia. En cuanto a la incorporación al ordenamiento jurídico, G. Peces-Barba se amolda a las fórmulas identificadas por W. N. Hohfeld.

¹⁰¹ PECES-BARBA, G. *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 415 y 418. La reivindicación socialista se diferenciaría de la idea liberal del derecho al trabajo, consistente en el derecho al trabajo libre del individuo, es decir, a trabajar en la profesión u oficio de su libre elección. Ídem, p. 414.

¹⁰² Esto se debería especialmente –dice– a dos factores: (i) la aceptación de la economía de mercado tras el fracaso de las experiencias soviéticas de planificación estatal excluyente y (ii) al incremento de la automatización de la producción. La confluencia de estas dos causas habría, de una parte, impedido a los poderes públicos organizar y controlar el empleo de toda su población y, de otra parte, disminuido la demanda de trabajo de los empleadores, haciendo prácticamente imposible el pleno empleo y dando así lugar a la existencia de paro estructural. De este modo –prosigue el autor–, la escasez de trabajo constituiría una condición real de la sociedad de hoy que pone en cuestión la consideración del derecho al trabajo como una *pretensión moral justificada*, en la medida en que ya no resulta generalizable ni tiene seguro contenido igualitario. Tampoco le parece al autor que el derecho al trabajo sea *susceptible de articularse jurídicamente* de manera satisfactoria como derecho cuando el sistema económico es el de economía de mercado. A su juicio, el sector público no podría absorber una carga de esa naturaleza, e imponer la obligación correlativa a los empleadores particulares resultaría contrario a la libertad de empresa, esencial en ese sistema. Finalmente, el derecho al trabajo tampoco reuniría el requisito de la *eficacia dada la realidad social*, no sólo por el hecho de la escasez sino por los efectos que ésta genera en la cultura política y jurídica, al diluir el concepto de clase trabajadora, potenciar el ideal de ocio y contribuir a una forma de trabajo no necesariamente vinculado a su remuneración. Ídem, pp. 419-423. La posición de G. Peces-Barba ha sido criticada por algunos autores. Para R. de Asís, por ejemplo, lo que se esconde detrás de la tesis de este autor no es un problema de *escasez natural* sino, más bien, de *elección entre bienes protegibles*. Tras la falta de generalización del trabajo –sostiene– se sitúa otro bien, la libertad, que es considerado por G. Peces-Barba como más importante y que produce la falta de justificación ética del derecho al trabajo o su difícil articulación como derecho. DE ASÍS ROIG, R. *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*. Madrid: Dykinson; Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2001, p. 20. Puede ser precisamente este subyacente problema de elección lo que explicaría por qué para G. Peces-Barba la constatación de una desigualdad en el disfrute de un derecho da lugar a su desfundamentalización en lugar de impulsar a los poderes públicos a remover esos obstáculos en la línea de la obligación constitucional señalada en el art. 9.2 de la CE. Aún asumiendo que los poderes públicos no sean capaces de emplear directamente a todas las

En particular, la dimensión ética resulta de especial interés a la hora de comprender la posición del autor sobre los derechos colectivos fundamentales. Y es que, en la medida en que las pretensiones éticas deben estar basadas en la idea kantiana de dignidad humana –que concibe a cada persona como un fin en sí mismo y no como un mero medio– el autor parece considerar a los derechos colectivos fundamentales como *instrumentos* que permiten no tanto la protección del colectivo globalmente considerado sino la de los miembros individuales que lo conforman. Así, la acción individual se habría revelado *insuficiente* para el logro de determinados intereses y pretensiones de los individuos, cuya dignidad plena no se alcanza aisladamente sino inmersos en la vida social.

Por lo tanto, aunque los derechos colectivos fundamentales tendrían una dimensión cooperativa, para este autor se justificarían como tales en su última dimensión individual, derivada de la sociedad personalista en que tienen sentido los derechos fundamentales¹⁰³. Esta idea es sin duda del agrado de A. E. Pérez Luño, para quien resulta plenamente admisible la atribución en el plano del *Derecho positivo* de derechos –incluso fundamentales– a algunos entes colectivos «a efectos de la tutela de determinados derechos fundamentales»¹⁰⁴. Según él, existen situaciones cuya garantía eficaz requiere que la acción tutelar de los poderes públicos o de los individuos inmediatamente afectados se *complete* con mecanismos de intervención social y colectiva, como esa ampliación de la legitimación colectiva para su defensa procesal ya analizada y/o la atribución de derechos a entes colectivos –equiparándolos a las personas individuales–. Estas situaciones se darían en ocasiones con los derechos sociales, es cierto, pero también –apunta el autor– con los derechos pertenecientes a otras categorías¹⁰⁵.

Por eso, añadía G. Peces-Barba, sólo serían sujetos colectivos de derechos aquéllos que no son *finés en sí mismos*, sino que representan los intereses y pretensiones de los individuos que los forman –sus fines vinculados a la idea de dignidad– y que éstos no pueden alcanzar por sí mismos. De hecho, las sociedades transpersonalistas que colocan el fin último en la propia sociedad y no tienen esa referencia individual no constituirían para G. Peces-Barba la sede adecuada de estos derechos¹⁰⁶.

personas necesitadas de trabajo, no deja de ser sorprendente la aceptación normativa de la realidad que realiza G. Peces-Barba, quien al resignarse a la defundamentalización del derecho al trabajo vacía el art. 35 CE de toda virtualidad normativa, muy en contra de sus propias tesis en cuanto a la eficacia y tutela jurisdiccional de normas mucho más cuestionadas –como los principios rectores de la política económica y social– en línea con las propuestas de E. García de Enterría, para quien «no existen en la Constitución declaraciones (sean inoportunas u oportunas, felices o desafortunadas, precisas o indeterminadas) a las que no haya que dar valor normativo y sólo su contenido concreto podrá precisar en cada caso el alcance específico de dicho valor en cuanto a sus efectos». Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, pp. 69-77 y PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*, cit., pp. 485-489.

¹⁰³ PECES-BARBA, G. “Los derechos colectivos”, cit., pp. 69-73.

¹⁰⁴ Véase por ejemplo PÉREZ LUÑO, A. E. “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”, cit., p. 264.

¹⁰⁵ PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 208-209.

¹⁰⁶ PECES-BARBA, G. “Los derechos colectivos”, cit., p. 72. Para G. Peces-Barba, el referente individual de todos los derechos colectivos reconocidos en la constitución –e incluso los derechos de las minorías reconocidos por el Derecho internacional– resulta bastante notorio. Sin embargo, le surgen más dudas en relación con el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones reconocido en el artículo 2 CE y desarrollado en el título VIII, aunque a su juicio cabe argumentar que, detrás de estos colectivos

La posición del autor, aunque más completa, resulta en su fondo similar a la del Tribunal Constitucional. Enfrentado a la titularidad de los derechos fundamentales, este órgano ha sostenido en su Sentencia núm. 64/1988, de 12 de abril que, en principio, los derechos fundamentales se atribuyen a los individuos, como se desprendería de su vinculación con la dignidad de la persona, el desarrollo de su personalidad y los derechos humanos expresada en el art. 10 CE. Sin embargo, el Tribunal no se cierra a los derechos colectivos fundamentales en un razonamiento parecido a los ya reseñados, basados en cuestiones de instrumentalidad y garantía:

... la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental¹⁰⁷.

Esta línea se puede localizar en otras sentencias. Por ejemplo, en la núm. 139/1995, de 26 de septiembre, el Tribunal vuelve a vincular la existencia de los derechos colectivos a la protección última del individuo:

Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. [...] Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales [...] supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos, más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social¹⁰⁸.

Por ejemplo, en el caso de la autonomía universitaria, el Tribunal Constitucional ha señalado que su fundamento y justificación residen en el respeto a la libertad académica o, en otras palabras, a la libertad de enseñanza, estudio e investigación, derechos de corte individual¹⁰⁹.

De todos modos, justificaciones como las de G. Peces-Barba o el Tribunal Constitucional nos remiten al debate ya aludido en el capítulo 3, apartado II.1.(ii) en torno a la –a veces sobrevalorada– tensión entre el valor-individualismo y al valor-colectivismo. Según se vio en esas páginas, el hecho de que algunos autores otorguen valor *intrínseco* a determinados sujetos y bienes colectivos, que serían *irreducibles*, no quita que en última instancia se esté sirviendo al propósito del individualismo ético. A veces, en lugar de señalar que esos bienes e intereses sirven a la autonomía –o a la dignidad, podría decirse–, se indica que son

con perfiles menos delimitados están los individuos que los forman. PECES-BARBA, G. “Los derechos colectivos”, cit., p. 76.

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 64/1988, de 12 de abril (fundamento jurídico 1).

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/1995, de 26 de septiembre (fundamento jurídico 4). De hecho, el Tribunal no se limita a reconocerles aquellos derechos fundamentales vinculados con los fines para los que la persona natural las ha constituido, sino también de aquéllos que aseguren el cumplimiento de esos fines al garantizar sus condiciones de existencia e identidad.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 26/1987, de 27 de febrero (fundamento jurídico 4): «... la autonomía universitaria tiene como justificación asegurar el respeto a la libertad académica, es decir, a la libertad de enseñanza y de investigación. Más exactamente, la autonomía es la dimensión institucional de la libertad académica que garantiza y completa su dimensión individual, constituida por la libertad de cátedra. Ambas sirven para delimitar ese “espacio de libertad intelectual” sin el cual no es posible “la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura” [...] que constituye la última razón de ser de la Universidad».

parcialmente constitutivos de ésta, como era el caso de J. Raz o J. Waldron. El resultado final no es muy diferente, pero se advierten claros matices en cuanto a la manera de expresar esta idea y llevarla a cabo, derivados en parte de la posición que se adopte sobre el individualismo metodológico.

J. A. García Amado distingue por ejemplo entre lo que él llama «colectivismo paternalista» e «individualismo pragmático». Así, en el primero el grupo se impone al individuo por razón del propio interés de este último. En esta concepción –prosigue– el grupo puede no estar ontologizado y no tiene por qué ponerse en duda que no hay bien superior al del individuo¹¹⁰. Sin embargo, la definición de ese bien o de algunas de sus manifestaciones –para cuya protección sería necesaria la acción grupal, cooperativa– serían independientes de los intereses subjetivos y voluntades individuales contingentes. Es posible que el grupo admita fórmulas más o menos democráticas en su funcionamiento, pero nunca se podrá someter a la discusión la base de la estructura grupal definitiva, señala J. A. García Amado. En cambio, el individualismo pragmático mantiene que los individuos necesitan del grupo para realizar su propio interés, aunque sólo ellos pueden definir lo que se entiende por tal. Existen ciertos objetivos y fines en los que los intereses individuales no pueden ser logrados sin la acción colectiva, pero –explica este autor– para esta concepción «nada hay en el grupo que no sea contingente y explicable sólo en razón de la protección común de intereses individuales». Para salvar las posibles tensiones entre lo individual y lo colectivo, la voluntad e interés del grupo se conformarán a partir de la agregación de los intereses y voluntades de cada uno de los individuos¹¹¹.

En cualquier caso, parece que desde cualquiera de las dos perspectivas se defiende la coexistencia de derechos individuales y colectivos en términos de cierta complementariedad –frente a la tesis de la futilidad de los derechos colectivos–, sin plantear una radical oposición entre unos y otros –frente a las tesis de los riesgos–¹¹². De hecho, para G. Jáuregui, el sentido auténtico del nacimiento de los derechos colectivos –o, de manera más general, los derechos relacionados con los grupos (derechos específicos de grupo, derechos de grupo y derechos colectivos)– no habría sido sino el de *complementar* y *perfeccionar* los derechos individuales en su contexto social¹¹³. Y así:

Se trata de reconocer su interdependencia absoluta, hasta el punto de que los unos no pueden existir ni consolidarse sin los otros. Del mismo modo que los intereses colectivos tienen como fin último la satisfacción de los intereses individuales, resulta imposible en no pocas ocasiones la satisfacción de muchos de esos derechos individuales sin la cobertura, el apoyo y el complemento de los derechos colectivos¹¹⁴.

Ahora bien, ¿y si hay conflictos? Recuérdese por ejemplo que la libertad de elección del trabajador y la autonomía grupal pueden entrar en tensión cuando, como resultado de la negociación colectiva, el convenio colectivo se configura como un instrumento eficaz *erga*

¹¹⁰ Eso lo diferenciaría, dice, del colectivismo radical u organicista.

¹¹¹ GARCÍA AMADO, J. A. “Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas y quimeras”. En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*, cit., pp. 191-193. Esta concepción se distinguiría a su vez del individualismo radical o anarquizante, según la cual ninguna regla colectiva –cualquiera que sea el procedimiento de adopción– puede primar sobre la autonomía individual.

¹¹² Véase el capítulo 3, apartado II.1 y algunas de las respuestas allí ofrecidas.

¹¹³ JÁUREGUI, G. “Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible”, cit., p. 60.

¹¹⁴ Ídem, p. 61.

omnes. Sin duda, esa eficacia se plantea desde la defensa última del trabajador individualmente considerado, de su autonomía individual¹¹⁵. Como han puesto de manifiesto varios autores, los derechos de autotutela laboral pretenden garantizar la igualdad material en las relaciones laborales, eliminando la situación de inferioridad socioeconómica de la que parten los trabajadores individualmente considerados¹¹⁶. Sólo equiparando su posición a la del empresario mediante derechos no exclusivamente individuales –*e.g.*, específicos, de grupo y colectivos– se puede lograr una auténtica igualdad de posiciones entre ambas partes a la hora de negociar la contratación laboral en libertad. A veces, estos derechos limitan no sólo la autonomía contractual del empresario, sino también la del trabajador individualmente considerado. Y es que, como expone J. A. García Amado: «De nada sirve el convenio que no vincule al trabajador individual, pues este trabajador individual no vinculado estaría a merced enteramente de la oferta contractual del empresario»¹¹⁷.

¿Qué hacer en estos casos? Pues bien, normalmente, cuando la relación entre derechos colectivos y derechos individuales se plantea en términos *instrumentales* la existencia de conflictos suele dar lugar, desde una perspectiva filosófica, a la subordinación de los primeros a los últimos. Ésa es la línea que parece apuntar inicialmente G. Jáuregui cuando señala que:

... los derechos colectivos deben ser complementarios de y, por lo tanto, *subordinados* a los derechos individuales. [...] no se debe olvidar que los destinatarios de los derechos humanos, sus sujetos titulares, lo son siempre las personas, los individuos, los seres humanos¹¹⁸.

Ahora bien, como ya se ha visto en el capítulo 3, apartado II.1.(iv), la defensa en última instancia del individualismo ético no siempre ha de otorgar en caso de conflicto una prioridad automática a los derechos individuales, lo que deriva en respuestas más casuísticas. Por ejemplo, para B. Parekh y A. García Inda habrá que dar prioridad a los derechos –individuales o colectivos– que contribuyan mejor a la libertad de los seres humanos, pues en el caso concreto el derecho individual no tiene por qué ser el más favorable al bienestar de los individuos¹¹⁹. Así parece también defenderlo R. Escudero Alday, cuando señala que, siendo la intención de los derechos colectivos el servicio en última instancia del eficaz respeto y cumplimiento de los derechos individuales, los primeros pueden llegar a limitar los

¹¹⁵ GARCÍA AMADO, J. A. “El individuo y los grupos en el derecho laboral. Los dilemas del vínculo social”, cit., p. 419. «Esa autonomía colectiva, sin la que se entiende que estaría desprotegida la real autonomía individual del trabajador, plantea el problema de su propia compatibilidad con aquella autonomía individual de la que tiene que ser garante. Y aquí vemos esa tensión entre lo individual y lo colectivo es particularmente aguda en lo que tiene que ver con la negociación colectiva y su resultado, el convenio colectivo. Mientras que el reconocimiento de la libertad sindical [...] no acarrea la afiliación obligatoria del trabajador, ni el del derecho de huelga implica la obligatoriedad para todo trabajador de participar en la huelga legalmente declarada, los efectos jurídicos de la negociación colectiva se imponen frente a la libertad individual del trabajador, pues se tornan norma vinculante por mucho que se presente el convenio colectivo como ejercicio de autonormación». *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ídem*, pp. 417-418. También se refieren a las relaciones entre la huelga y los valores de igualdad material y libertad real SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M^a O. *La huelga ante el Derecho: conflictos, valores y normas*, cit., pp. 43-49; MONEREO PÉREZ, J. L. (coord.). *Derecho de huelga y conflictos colectivos: estudio crítico de la doctrina jurídica*, cit., pp. 22-23.

¹¹⁷ *Ídem*, p. 426.

¹¹⁸ JÁUREGUI, G. “Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible”, cit., p. 62. La cursiva es de la autora.

¹¹⁹ PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo: diversidad cultural y teoría política*, cit., p. 322; GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., pp. 131-132.

segundos¹²⁰. Incluso el ya referido G. Jáuregui, a pesar de las reflexiones anteriores, reconoce la posibilidad de limitar derechos individuales por razones de interés general de la colectividad –como se hace ya en muchas constituciones– y lamenta que un excesivo individualismo pueda cercenar derechos y valores colectivos de las minorías¹²¹.

Siguiendo con el ejemplo anterior, J. A. García Amado propone reformas en el sistema vigente de negociación colectiva de modo que, sin eliminar este derecho, se modifiquen sus reglas procedimentales para mejorar la representación de los intereses y voluntades reales de los trabajadores individualmente considerados¹²². Parece así que el autor pretende pasar de un derecho colectivo basado en un colectivismo paternalista a otro basado en el individualismo pragmático, pero sin que este derecho como tal desaparezca.

Pero, ¿y la universalidad? De nuevo se plantea aquí la misma cuestión que a los derechos específicos de grupo. Para algunos, las pretensiones grupales, comunitarias o colectivas no hacen sino quebrar la universalidad de los derechos¹²³. Sin embargo, las respuestas ofrecidas por algunos autores en el anterior capítulo 4, apartado II.2.(ii) siguen siendo válidas en el presente caso. Bien porque se relativice la universalidad como un requisito de todos los derechos fundamentales, bien porque la relación de complementariedad entre algunos derechos colectivos –no todos– y los derechos individuales remite a una universalidad en el objetivo superior, la satisfacción de las necesidades básicas o la moralidad genérica de los derechos fundamentales entendida como la igual dignidad de todas las personas. Y es que, a veces, solamente con derechos no estrictamente individuales sería capaz de lograrse la verdadera universalidad. En palabras de A. García Inda:

Según ese punto de vista, no es la universalidad el obstáculo a la consideración de los derechos colectivos –de algunos derechos colectivos, claro está, no de cualesquiera– como derechos humanos, sino que es el no reconocimiento de esos derechos colectivos [...] lo que constituye un escollo a la afirmación de la universalidad de los derechos humanos¹²⁴.

¹²⁰ «La relación entre los derechos de titularidad individual y los de titularidad colectiva no ha de entenderse en términos excluyentes, ni tampoco como si se estuviera en presencia de una especie de ordenación jerárquica. Nada más lejos de la intención que preside la categoría de los derechos colectivos, al servicio, en última instancia, del eficaz respeto y cumplimiento de los propios derechos individuales. No en vano se ha pretendido poner de manifiesto [...] que es, precisamente, la protección de los derechos individuales la que en último extremo exige la presencia de derechos de titularidad colectiva. Derechos que, mediante su especial configuración y contenido, eliminen las barreras que impedirían el acceso a ciertos derechos o valores individuales. Y derechos que, en ciertos momentos, pueden incluso limitar derechos individuales. Ahora bien, nunca se dijo [...] que los derechos fundamentales fueran absolutos, sino que siempre que [sic] sostuvo y se sostiene aún que admiten limitaciones, cuando éstas radiquen en los propios derechos fundamentales. Eso es, justamente, lo que sucede en el caso de los derechos colectivos». ESCUDERO ALDAY, R. “Los derechos colectivos, frente al disparate y la barbarie”, cit., p. 175.

¹²¹ JÁUREGUI, G. “Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible”, cit., pp. 63-64.

¹²² GARCÍA AMADO, J. A. “El individuo y los grupos en el derecho laboral. Los dilemas del vínculo social”, cit., p. 438. Para este autor, las críticas al sistema vigente de negociación colectiva no deben hacernos caer en la mistificación de la empresa, cuya protección a veces corre el riesgo de ser elevada a suprema finalidad en detrimento de los derechos individuales de los trabajadores. Ídem, p. 422 y 433-437.

¹²³ GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, cit., p. 121.

¹²⁴ *Ibidem*.

En síntesis, en el presente capítulo se ha expuesto la selección de derechos sociales colectivos que, según determinados autores, podrían identificarse tanto en el sistema universal de protección de los derechos humanos –fundamentalmente, en la Carta Internacional de Derechos Humanos– como entre los derechos fundamentales de los ordenamientos internos.

En el plano internacional, además de hacer especial hincapié en el debate sobre el estatuto jurídico de las minorías en una dimensión más aplicada –y especialmente centrada en el art. 27 del PIDCP– que la señalada en el capítulo 3, se han ofrecido algunas de las interpretaciones en clave colectiva que de los diferentes derechos del PIDESC ha ido defendiendo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: así, se ha señalado cómo *algunas* posiciones jurídicas derivadas de los derechos a la vivienda, a la educación, a la salud, al agua, al trabajo, a participar en la vida cultural y a beneficiarse de los intereses morales por razón de las propias producciones científicas y artísticas tendrían según este Comité una naturaleza colectiva, con especial énfasis –pero no exclusivo– en aquellas posiciones que se atribuyen a las minorías culturales y los pueblos indígenas.

En el plano nacional, se ha analizado la titularidad de los derechos fundamentales en la constitución española según la doctrina académica y jurisprudencial y, a raíz de ese punto de partida, se han ido exponiendo las posturas de algunos autores escogidos en cuanto a los derechos fundamentales colectivos. En este sentido, se han podido detectar discrepancias entre los autores según su concepción de derechos colectivos y, también, según la extensión de la sede constitucional analizada. Así, algunos autores han distinguido entre derechos colectivos propios e impropios según si se trata de derechos cuya titularidad colectiva viene expresamente reconocida en la constitución española o, por el contrario, de derechos de titularidad en principio individual que han sido también atribuidos a grupos y colectividades. Otros autores, en cambio, rechazan en su concepción de los derechos colectivos a los así caracterizados como impropios, además de exigir, según los casos, un ejercicio colectivo o un objeto colectivo.

Sea como fuere, de los listados ofrecidos por unos y otros autores se extraen algunos derechos colectivos fundamentales pertenecientes a la categoría de derechos sociales –*e.g.*, derecho a la negociación colectiva, derechos de los sindicatos, derecho a la autonomía universitaria, a la huelga (de modo más polémico), a la creación de centros docentes, a la libertad religiosa y de culto a las comunidades (cuando se trata de minorías) o el derecho de la familia a su protección–, pero también otros derechos atribuibles a las categorías de derechos civiles y políticos. En ese sentido, se confirma la idea apuntada en el capítulo anterior de que la inclusión de derechos colectivos en el seno de la categoría no constituye a día de hoy un rasgo que la caracterice especialmente frente a otras. De todos modos, cabe apreciar que muchos de los derechos reseñados encajan dentro de los parámetros de la personalidad jurídica o derechos de las corporaciones y, en ese sentido, su consideración como tales derechos colectivos podría ser puesta en duda por algunos de los autores expuestos en el capítulo 3.

Finalmente, se han estudiado las razones aportadas por estos autores y por el Tribunal Constitucional para defender la fundamentalidad de estos derechos, más allá de su inclusión en la sede constitucional correcta. Es decir, se ha tratado de ver en qué medida estos derechos fundamentales responden al núcleo de certeza de los derechos humanos indicado

en la Introducción. Pues bien, los autores consultados en este nivel constitucional sostienen que los derechos fundamentales colectivos –incluyendo, por lo tanto, los derechos sociales– tienen como objetivo último la defensa del individuo y su dignidad, aunque si se analiza en los términos del capítulo 3 se podrían detectar matices en cuanto al valor intrínseco o meramente instrumental que se otorga a estos grupos –aún defendiéndose en última instancia el individualismo ético–.

Se advierte en cualquiera de los casos, sin embargo, que la relación entre derechos colectivos y derechos individuales en esta sede se suele plantear por los autores consultados en términos de complementariedad y armonía, frente a aquellas posiciones indicadas en el capítulo 3 que aludían a la futilidad de los derechos colectivos o al peligro que estos supondrían para los derechos individuales. Ello, es cierto, no supondría la inexistencia de conflictos, a cuyos efectos se han expuesto algunas de las posibles alternativas defendidas por los autores según los términos también indicados en el capítulo 3.

Por otro lado, frente a las críticas posibles en cuanto a la falta de universalidad, se ha señalado que las consideraciones realizadas por los diferentes autores en cuanto a los derechos específicos serían también aplicables en su mayoría a los derechos (sociales) colectivos: en especial, dado el carácter necesario de los derechos colectivos para la defensa de los fines individuales últimos, parece que estos derechos permitirían alcanzar objetivos universales como la satisfacción de las necesidades o el logro de la autonomía moral para desarrollar el propio plan de vida.

CONCLUSIONES

Al inicio del presente trabajo se han planteado tres preguntas principales: ¿está la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales constituida por *derechos colectivos* o se trata por el contrario de *derechos individuales*? ¿Tiene esta categoría de derechos una especial dimensión colectiva? ¿Se trataría de un rasgo diferencial de estos derechos frente al resto de categorías?

1. Lo primero que debe concluirse, aunque se trate más bien de un punto de partida, es que existe efectivamente un debate acerca de la asociación de la categoría de derechos sociales con los derechos colectivos, que a veces se ha desarrollado con independencia de los términos en que originariamente se pudo plantear la tesis inicial. Así, no es infrecuente encontrar en diversas sedes reflexiones sobre la naturaleza individual o colectiva de estos derechos y respuestas en ambos sentidos –aunque una de ellas sea minoritaria–.

Sin embargo, el debate sobre los derechos sociales como derechos colectivos y aquél sobre el concepto de los derechos colectivos no suelen desarrollarse exactamente en los mismos términos. En el presente trabajo se han tratado de reconducir algunos de los razonamientos en el primero de los debates hacia las expresiones y el lenguaje del segundo, cuando ello ha resultado posible y pertinente.

2. En el capítulo 1 se han expuesto las posiciones de una serie de autores que defienden o a los que se ha atribuido tradicionalmente la defensa de que los derechos sociales como categoría son derechos colectivos. En estos últimos casos, surgen dudas sobre si realmente puede atribuírseles esa tesis: se ha detectado que la interpretación de los autores es a veces ambigua, polémica o ha sido simplificada, dotándola de un carácter más colectivo del que parecen realmente defender: ello podría estar motivado en parte por la conexión de esos autores con determinadas corrientes como el solidarismo y/o el pluralismo jurídico.

Sea como fuere, de esas interpretaciones y las posiciones del resto de autores expuestos se desprende que los principales argumentos en que se apoyan estas tesis podrían sintetizarse del siguiente modo: (i) los derechos sociales se atribuirían fundamentalmente a los grupos –*e.g.*, las sociedades intermedias e instituciones sociales no estatales– y/o a los individuos con motivo de su pertenencia a ellos; (ii) satisfacerían intereses colectivos e, indirectamente, intereses individuales; por este motivo, quien se beneficiaría directamente de estos derechos sería la colectividad como tal, mientras que el individuo sólo lo haría por medio de esa pertenencia –aunque su protección sea el fin último de la categoría–; (iii) su ejercicio sería colectivo o sólo tendría sentido al realizarse concertadamente –aunque el derecho se atribuya al individuo–; y (iv) se trataría de derechos frente a la colectividad organizada, debido a su configuración como derechos de prestación o crédito. Normalmente, los autores no utilizan todos estos argumentos sino tan sólo alguno o algunos de ellos.

3. El concepto de derechos colectivos es esencialmente controvertido, pero la mayoría de los autores que se han pronunciado al respecto defiende la concepción que los identifica como derechos de titularidad colectiva –ya sea enfocada desde la teoría de la voluntad o desde la teoría del interés–. Junto a esta corriente, también se han ido abriendo camino las posiciones

que los relacionan con derechos a determinados bienes colectivos, así como las que evitan la terminología habitual y prefieren hablar de “derechos diferenciados en función de grupo”. El análisis de unas y otras concepciones permite encajar en alguna de ellas –aunque no exentos de polémica– los diferentes argumentos indicados en la conclusión 2, con la excepción del relativo al sujeto pasivo colectivo. Este rasgo remitiría a otra discusión diferente sobre la caracterización de los derechos sociales, pero no a la de su configuración como derechos colectivos.

Dentro de la concepción de los derechos colectivos como derechos de titularidad colectiva, un grupo de autores sostiene que es esencial que éstos no sean divisibles en derechos individuales. De todos modos, existe debate en cuanto a si el requisito de la titularidad colectiva queda cubierto o no cuando se trata de personas jurídicas, pues a éstas a menudo se las ha considerado a efectos jurídicos como individuos y no como sujetos colectivos. El rasgo de la indivisibilidad ha dado así pie a clasificaciones que distinguen los derechos colectivos en sentido estricto de otros derechos relacionados con los grupos pero reducibles a derechos de titularidad individual: sería el caso de los “derechos específicos de grupo” –i.e., derechos de titularidad individual en función de la pertenencia a un grupo– y de los “derechos de grupo” –i.e., derechos de titularidad individual y ejercicio colectivo–. Si se aplica este lenguaje a los argumentos de la conclusión anterior, podrían rechazarse en principio los que aluden a los derechos de los individuos que cobran sentido con su ejercicio colectivo –rasgo (iii)– y los que se atribuyen a los individuos con motivo de su pertenencia a grupos –rasgo (i) *in fine*–; sin embargo, según un grupo minoritario de autores, podría tratarse en este último caso de derechos colectivos «ejercidos individualmente».

Cuando se parte de la concepción de los derechos colectivos centrada en el objeto del derecho, se suele aludir a una serie de bienes –colectivos, participativos o comunales– que serían irreductibles por su producción o su disfrute colectivos. La referencia al disfrute colectivo en algunos de estos bienes podría vincularlos en parte con los argumentos relacionados con el ejercicio colectivo, a pesar de su rechazo inicial según la concepción anterior. Para algunos autores, la irreductibilidad de estos bienes provoca que los intereses en ellos no sean estrictamente individuales –bien por su necesaria acumulación, bien por su carácter supraindividual o colectivo–, lo que les ha impulsado a entender que no puede haber derechos individuales a bienes colectivos: en ese sentido, un disfrute (ejercicio) colectivo requeriría una titularidad colectiva. Para otros autores, sin embargo, estos bienes irreducibles pueden dar lugar a intereses individuales y justificar derechos no estrictamente colectivos.

4. Además de los problemas conceptuales, la categoría de los derechos colectivos debe hacer frente a numerosos obstáculos de carácter normativo y pragmático, todos los cuales se retroalimentan mutuamente. Cuestiones como la problemática agencia moral, las dudas sobre el valor intrínseco de los sujetos y bienes colectivos, la futilidad de la categoría, su posible lesión a los derechos individuales, los riesgos para la cooperación social y lo dudoso de sus beneficios son algunas de las principales razones que han motivado a muchos autores a rechazar la existencia y conveniencia de derechos colectivos, más aún cuando se trata de derechos humanos. Otros autores, en cambio, han tratado de hacer frente a estos escollos y aportar argumentos a favor de la posibilidad conceptual y la justificación normativa –incluso política– de los derechos colectivos.

5. En líneas generales, la mayoría de los autores que se han pronunciado directa o indirectamente sobre el debate en torno a los derechos sociales como derechos colectivos suelen defender concepciones de estos últimos como derechos de titularidad colectiva, aunque algunos exigen la concurrencia también de un objeto y/o un ejercicio colectivo. Asimismo, la mayoría suele admitir que los derechos de corporaciones son derechos colectivos. Partiendo de estas premisas, la mayoría de los autores consultados ha rechazado que los derechos sociales como categoría puedan identificarse con los derechos colectivos. En algunos casos, este rechazo convive con la afirmación de la existencia de *algunos* derechos colectivos dentro de la categoría; en otros, sin embargo, se niega que pueda haber derecho colectivo alguno, dadas ciertas características de los derechos humanos, de los derechos sociales o de los enunciados de derechos sociales en los principales textos del sistema universal de protección de derechos humanos.

Cabría afirmar que para la mayoría de los autores, aunque no lo expresen en estos términos, los enunciados de derechos sociales no reunirían el referido rasgo de la indivisibilidad de los derechos colectivos, al ser en su totalidad o en su mayoría *reducibles* en última instancia a derechos de titularidad individual. Esto se hace, a menudo, mediante el cuestionamiento de las características de los derechos sociales alegadas en la conclusión 2 y que no han sido descartadas expresamente una vez analizado el concepto de derechos colectivos. Los argumentos utilizados son semejantes y responden, a grandes rasgos, a los siguientes términos:

- (i) La remisión a la titularidad individual situada o contextualizada: así, no se trataría de derechos atribuidos al grupo como tal, sino a las personas individuales; éstas a menudo estarían situadas en su entorno social concreto –*e.g.*, la existencia de una determinada circunstancia o la pertenencia a un determinado grupo–, lo que no impediría que existan derechos sociales enunciados de manera más abstracta o que, aún siendo originariamente derechos de la persona situada, algunos se hayan generalizado.
- (ii) La reconducción del objeto protegido hacia intereses, necesidades o bienes individuales o individualizables: en otras palabras: el beneficiario directo sería el individuo y no la comunidad, siendo sus intereses y necesidades el principal objeto de protección –con independencia de que algunos reconozcan con mayor o menor énfasis la existencia de intereses y/o necesidades colectivos–.
- (iii) El rechazo de la vinculación necesaria entre la titularidad de los derechos y su ejercicio o defensa procesal que, por otro, lado, no siempre serían colectivos: según doctrina bastante consolidada, aunque los derechos sociales sean a veces ejercidos por los grupos o éstos tengan legitimación procesal para su defensa, ello no tiene por qué afectar necesariamente a su titularidad, que seguiría siendo individual en todos o la mayoría de los casos.

6. Siguiendo estos razonamientos, podría deducirse que la categoría de derechos sociales estaría integrada en su mayoría o totalmente por enunciados susceptibles de ser articulados como “derechos individuales” –de titularidad y ejercicio individuales–, “derechos específicos de grupo” y “derechos de grupo”, según la terminología ya señalada. De todos modos, algunos de estos derechos serían susceptibles de ser considerados como derechos colectivos desde las concepciones de estos últimos más minoritarias: tal sería el caso de los derechos específicos de

grupo –concebidos como derechos colectivos ejercidos individualmente– o de algunos derechos de grupo, cuya titularidad colectiva podría venir requerida por el necesario disfrute (ejercicio) colectivo del derecho.

7. Los derechos sociales colectivos cuya existencia ha sido reconocida por algunos autores pueden localizarse en los principales textos del sistema universal de protección de derechos humanos y también entre los derechos fundamentales de las constituciones nacionales. En algunos casos, se ha distinguido entre derechos cuyo titular únicamente puede ser colectivo y aquellos cuya titularidad, en principio individual, también puede ser atribuida a los grupos. En el capítulo 5 se han ofrecido diversos listados elaborados por algunos autores, cuyo concreto contenido varía en función de su propia concepción de los derechos colectivos, así como diversas interpretaciones de los derechos sociales del PIDESC realizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

8. La consideración de los derechos sociales colectivos como derechos fundamentales no sólo se desprende de su ubicación en determinada sede constitucional –que admitiría fórmulas variables según los autores– sino, ante todo, del hecho de que responderían en última instancia a la protección de la dignidad de la persona: según algunos de los autores consultados, estos derechos constituyen complementos necesarios para que los individuos puedan alcanzar la autonomía moral o satisfacer sus necesidades básicas. En ese sentido, parece que estos autores consideran con carácter general que los derechos sociales colectivos son necesarios para lograr estos objetivos de otro modo inalcanzables –frente a la tesis de la futilidad de los derechos colectivos– y se relacionan en términos de relativa armonía con los derechos individuales –frente a la tesis de los riesgos–, con independencia de que puedan tener lugar algunos conflictos.

9. Aunque según los argumentos señalados los derechos sociales no sean conceptualizados *en cuanto categoría* como derechos colectivos en sentido estricto, sí parece que de su configuración emana una cierta dimensión colectiva y que se traduce en esa titularidad ligada al entorno social concreto –con mayor o menor énfasis en la pertenencia a grupos o colectividades–, a su protección de algunos intereses colectivos o a su –a veces necesario, a veces conveniente– ejercicio y defensa colectivos. Algunos autores han tratado de relativizar esta dimensión, aun sin perderla del todo: en parte, ello podría atribuirse a su adhesión a las premisas del individualismo metodológico y a los temores de caer en visiones premodernas de los derechos, lo cual ha suscitado no pocas reflexiones en la exposición.

10. La dimensión colectiva de los derechos sociales ya se desprende de su mismo origen histórico y filosófico, cuyos elementos más destacados a estos efectos se han expuesto en el capítulo 2: (i) desde las filas del socialismo democrático y el liberalismo progresista, su construcción intelectual partió de las críticas a la visión abstracta y presocial del ser humano, al individualismo imperante y trató por ello de recuperar el valor de la fraternidad o solidaridad como fundamento de los derechos; (ii) asimismo, en su reivindicación y defensa tuvieron no poco protagonismo determinados movimientos sociales, como el movimiento obrero y los movimientos a favor de minorías culturales y/o socioeconómicas; (iii) finalmente, el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho –al que se vinculan especialmente los derechos sociales– dio pie, según algunos autores, a un cambio de paradigma en la regulación jurídica, que la impregnó de una fuerte dimensión colectiva: mediante el paradigma del Derecho social,

en la regulación jurídica se habrían introducido elementos colectivos como las categorías, sujetos colectivos, bienes colectivos y acciones transindividuales. Este cambio de paradigma no habría afectado solamente a los derechos sociales, sino también a otros aspectos regulados por el Estado social.

En el capítulo 4 se han enmarcado estos cambios en los procesos de generalización y, sobre todo, de especificación de los derechos humanos, que habrían dado paso a una nueva concepción de éstos y en la que se habría producido una reconfiguración del sujeto de derechos: éste habría pasado a ser la persona en sociedad, en la diversidad de sus relaciones sociales y contingencias históricas –circunstanciales y grupales–.

Hoy en día, parte de los debates que dieron motivo a la construcción de los derechos sociales siguen vivos, debido a la reformulación de la concepción liberal de derechos que con éstos trataba de superarse y que ha dado pie a numerosas críticas contra los derechos sociales, entre las que no se escapa las derivadas de su problemática universalidad con motivo de esa especificación. Sin embargo, otros autores han tratado de poner de manifiesto que los derechos surgidos del proceso de especificación mantienen hoy toda su justificación ética: a estos efectos, uno de los argumentos esgrimidos ha sido el de redefinir la universalidad a objetivos superiores como a los que se ha hecho referencia antes con los derechos sociales fundamentales en sentido estricto: la satisfacción de las necesidades de todos los seres humanos o la autonomía moral. Este tipo de objetivos universales –se ha dicho– sólo podrían lograrse mediante estrategias diferenciadas, pues en los casos en que se parte de una situación de desigualdad o diferencia, como los que contemplan los derechos sociales, no bastaría con reclamar la condición de estas personas como sujetos de derechos para alcanzar la meta. La configuración de derechos específicos, además, constituiría una exigencia del mismo principio de igualdad en su dimensión material, que puede requerir a su vez una igualdad de trato formal como diferenciación.

11. Según muchos de los autores consultados, parece que han de relativizarse las diferencias que en cuanto a la dimensión colectiva contrapondrían los derechos civiles y políticos, de una parte, y los derechos sociales, de otra. A menudo, los autores tratan de asemejar los derechos sociales a estas otras dos categorías mediante la reconducción a términos individuales de su titularidad o su objeto. Sin embargo, otros han defendido la colectivización progresiva de los derechos civiles y políticos, mostrando que también entre ellos se pueden identificar titulares situados, bienes con incidencia colectiva y modos de ejercicio y defensa colectivos. Así pues, podría decirse en este sentido que también los derechos de otras categorías se articularían como derechos individuales, derechos específicos de grupo y derechos de grupo. Lo que es más, cuando los autores reconocen la existencia de derechos colectivos fundamentales, entre los derechos seleccionados aparecen no sólo derechos pertenecientes a la categoría de derechos sociales, sino también a las de los derechos civiles y políticos. En definitiva, la presencia de algunos derechos colectivos dentro de la categoría de los derechos sociales tampoco supondría un rasgo característico a día de hoy que pueda diferenciarlos especialmente de otras categorías de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

I. OBRAS CONSULTADAS

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

ALARCÓN CARACUEL, M. R. "Un posible modelo de regulación de la huelga que afecte a servicios esenciales de la comunidad". *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*. 1991, núm. 2, pp. 247-261.

ALEXY, R. "Individual Rights and Collective Goods". En: NINO, C. S. (ed). *Rights*. Aldershot (England), etc.: Dartmouth, 1992, pp. 163-181.

— *Teoría de los derechos fundamentales*. Bernal Pulido, C. (trad.). 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. "Introducción. Reflexiones preliminares sobre un problema moral y jurídico: los derechos colectivos". En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 7-15.

AÑÓN ROIG, Mª. J. *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

— *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*. México: Fontamara, 2001.

— "Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías". En: DE LUCAS, J. (dir.). *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 43-118.

— "Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada". En: VV.AA. *Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales: estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba, vol. III*. Madrid: Dykinson, 2008, pp. 21-46.

AÑÓN ROIG, Mª. J.; GARCÍA AÑÓN, J. (coords.). *Lecciones de derechos sociales*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ARA PINILLA, I. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990.

ARAGON, M. "¿Es constitucional la nueva ley de extranjería?". *Claves de razón práctica*. 2001, núm. 112, pp. 11-17.

ARNAUD, A. J.; FARIÑAS DULCE, Mª J. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. 2ª ed. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid; Boletín Oficial del Estado, 2006.

ATRIA, F. "¿Existen derechos sociales?". *Discusiones*. 2004, núm. 4, pp. 15-59.

BALDASARRE, A. *Los derechos sociales*. Perea Latorre, S. (trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

BALZARINI, R. *Studi di diritto del lavoro*. Milán: Giuffrè, 1968.

- BARCELLONA, P. "Los sujetos y las normas: el concepto de Estado social". En: OLIVAS, E. *Problemas de legitimación en el Estado social*. Madrid: Trotta, 1991, pp. 29-47.
- BARRANCO AVILÉS, M^a. C. ***El discurso de los derechos: del problema terminológico al debate conceptual***. Madrid: Dykinson, 1996.
- "El concepto de derechos humanos". En: RAZ, J. *et al. El Derecho contemporáneo: lecciones fundamentales para su estudio*. [s.l.]: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, cop. 2004, pp. 165-200.
- *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*. Madrid: Dykinson, 2011.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J. *et al. Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004.
- BAYÓN MOHINO, J. C. *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BEA PÉREZ, E. "Los derechos de las minorías nacionales: su protección internacional, con especial referencia al marco europeo". En: BALLESTEROS, J. (ed.). *Derechos humanos: concepto, fundamento, sujetos*. Madrid: Tecnos, 1992, pp. 163-184.
- BERNSTEIN, E. *Las premisas del socialismo y las tareas de la socialdemocracia: problemas del socialismo; el revisionismo en la socialdemocracia*. Del Carril, I.; García Ruiz, A. (trads.). México: Siglo XXI, 1982.
- BOBBIO, N. *Contribución a la teoría del Derecho*. Ruiz Miguel, A. (trad.). Madrid: Debate, 1990.
- *El tiempo de los derechos*. De Asís Roig, R. (trad.). Madrid: Sistema, 1991.
- BURDEAU, G. *Les libertés publiques*. 4^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972.
- CALSAMIGLIA, A. *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*. Barcelona: Paidós, 2000.
- CAMPS, V. *Virtudes públicas*. 2^a ed. Madrid: Espasa Calpe, 1990.
- CARUSO, B. *Rappresentanza sindacale e consenso*. Milán: Franco Angeli, 1992.
- CONTRERAS PELÁEZ, F. J. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994.
- CRANSTON, M. "Human Rights, Real and Supposed". En: RAPHAEL, D. D. (ed.). *Political theory and the rights of man*. London, etc.: Macmillan, 1967, pp. 43-53.
- CRUZ PARCERO, J. A. "Sobre el concepto de derechos colectivos". *Revista Internacional de Filosofía Política*. 1998, núm. 12, pp. 95-115.
- "Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)". *Discusiones*. 2004, núm. 4, pp. 71-98.
- *El lenguaje de los derechos: ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 108.
- DE ASÍS ROIG, R. "Sobre los límites de los derechos". *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 1994, núm. 3, pp. 111-130.

- *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. 2ª ed. Madrid: Dykinson; Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2000.
- *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*. Madrid: Dykinson; Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2001.
- DE CASTRO CID, B. “Los derechos sociales: análisis sistemático”. En: VV.AA. *Derechos económicos, sociales y culturales: para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos: actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho*, Murcia, diciembre, 1978. Murcia: Universidad de Murcia, 1981, pp. 11-33.
- *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. León: Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 1993.
- “Caracterización y fundamentación de los derechos sociales: reflexiones sobre un libro de F. J. Contreras”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. 1995, núm. XII, pp. 679-687.
- “La universalidad de los derechos humanos: ¿dogma o mito?”. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 1995, núm. 5, pp. 385-404.
- “Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales”. *Anuario de filosofía del Derecho*. 1998, núm. XV, pp. 31-48.
- DE LUCAS, J. *El concepto de solidaridad*. México: Fontamara, 1993.
- “Algunos problemas del Estatuto Jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. 1993, núm. 15, pp. 97-128.
- “El reconocimiento de los derechos. ¿Un camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)”. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 1993, núm. 1, pp. 261-280.
- “El racismo como coartada”. En: PRIETO SANCHÍS, L. et al. *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1994, pp. 17-38.
- *El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*. Madrid: Temas de hoy, 1994.
- “Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)”. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 1994, núm. 3, pp. 259-312.
- “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías (los derechos de las minorías en el 50 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos)”. En: DE LUCAS, J. (dir.). *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 253-312.
- “Algunas reflexiones sobre la protección del derecho a la cultura de las personas y grupos vulnerables en el ámbito europeo”. En: MARIÑO MENÉNDEZ, F.; FERNÁNDEZ LIESA, C. (dirs.). *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 603-633.
- “Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos”. En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 157-166.

- “Solidaridad y derechos humanos”. En: TAMAYO-ACOSTA, J. J. *10 palabras clave sobre derechos humanos*. Estella (Navarra): Verbo Divino, 2005, pp. 149-194.
- DÍAZ, E. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1991.
- DINSTEIN, Y. “Collective Human Rights of Peoples and Minorities”. *International and Comparative Law Quarterly*. 1976, núm. 25, pp. 102-120.
- DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Guastavino, M. (trad.). 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1989.
- EIDE, A. et al. (eds.). *Economic, social and cultural rights: A textbook*. 2ª ed. The Netherlands: Martines Nijhoff Publishers, 2001.
- ESCUADERO ALDAY, R. “Los derechos colectivos, frente al disparate y la barbarie”. En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 167-175.
- ESPING-ANDERSEN, G. *Los tres mundos del Estado del bienestar*. Valencia: Alfons el Magnànim, 1993.
- FARIÑAS DULCE, Mª. J. *Los derechos humanos: desde la perspectiva socio-jurídica a la “actitud postmoderna”*. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2006.
- FARREL, M. D. “¿Hay derechos comunitarios?”. *Doxa*. 1995, núm. 17-18, pp. 69-94.
- FERNÁNDEZ, E. “Identidad y diferencias en la Europa democrática: la protección jurídica de las minorías”. *Sistema: Revista de ciencias sociales*. 1992, núm. 106, pp. 71-80.
- *Filosofía política y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- “Estado, sociedad civil y democracia”. En: FERNÁNDEZ, E. (coord.). **Valores, derechos y estado a finales del siglo XX**. Madrid: Dykinson, 1996, pp. 81-160.
- FERRAIOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Martínez Neira, M. (trad.). Madrid: Trotta, 2007.
- FORSTHOFF, E. “Problemas constitucionales del Estado social”. En: ABENDROTH, W. et al. *El Estado social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 45-67.
- FRASER, N. *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*. Holguin, M.; Jaramillo, I. C. (trads.). Bogotá: Siglo de Hombres Editores, 1997.
- FREEMAN, M. “Are there Collective Human Rights?” *Political Studies*. 1995, núm. XLIII, pp. 25-40.
- GARCÍA AMADO, J. A. “Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas y quimeras”. En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 177-194.
- “El individuo y los grupos en el derecho laboral. Los dilemas del vínculo social”. En: AÑÓN ROIG, Mª. J. et al. *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 415-447.
- GARCÍA AÑÓN, J. “J. S. Mill y los derechos humanos”. En: PECES-BARBA, G. et al (dirs.). *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XIX. Volumen II, Libro II. La filosofía de los Derechos*

Humanos. Madrid: Dykinson; Universidad Carlos III de Madrid; Instituto Bartolomé de las Casas, 2007, pp. 843-903.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

GARCÍA INDA, A. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2001.

GARCÍA MANRIQUE, R. “Los derechos sociales como derechos subjetivos”. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 2010, núm. 23, pp. 73-105.

GARCÍA-PELAYO, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2ª ed. Madrid: Alianza, 1985.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. “Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento”. En: VV.AA. *Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales: estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba, vol. III*. Madrid: Dykinson, 2008, pp. 615-651.

GIDDENS, A. *Profiles, Critiques and Social Theory*. Londres: Mac Millan, 1982.

GIMÉNEZ GLUCK, D. *Una manifestación polémica del juicio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

— *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2004.

GÓMEZ MONTORO, A. J. “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación (1)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2002, núm. 65, pp. 49-105.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1989.

— “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad”. *Sistema: Revista de ciencias sociales*. 1991, núm. 101, pp. 123-135.

— “La justificación del Estado del bienestar: ¿una nueva concepción de los derechos humanos?”. En: THEOTONIO, V.; PRIETO, F. (dirs.). *Los derechos económico-sociales y la crisis del Estado del bienestar*. Córdoba: Etea, 1996, pp. 61-93.

— “¿Son los derechos humanos universales?”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. 1998, núm. XV, pp. 49-78.

GURVITCH, G. *La idea del Derecho social*. Moreneo Pérez, J. L.; Márquez Prieto, A. (trads). Granada: Comares, 2005.

— *La déclaration des droits sociaux*. Paris: Librairie philosophique J. Vrin, 1946.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1999.

HABERMAS, J. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Jiménez Redondo, J. (trad.). Madrid: Trotta, 1998.

— “La modernidad: un proyecto incompleto”. En: FOSTER, H. (ed.). *La posmodernidad*. Fibla, J. (trad.). 7ª ed. Barcelona: Kairós, 2008, pp. 19-36.

- HARTNEY, M. "Some Confusions Concerning Collective Rights". *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 1991, núm. 2, pp. 293-314.
- HIERRO, L. L. "¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto". *Sistema: Revista de ciencias sociales*. 1982, núm. 46, pp. 45-61.
- HOHFELD, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Carrió, G. R. (trad.). 2ª ed. México: Fontamara, 1992.
- HUMPHREY, J. "La Declaración internacional de derechos: estudio crítico". Baravalle, G. (trad.). En: DIEMER, A. et al. *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Paris, etc.: Unesco; Serbal, 1985, pp. 64-80.
- JÁUREGUI, G. "Derechos individuales vs derechos colectivos. Una realidad inescindible". En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 47-65.
- JONES, P. "Human Rights, Group Rights, People's Rights". *Human Rights Quarterly*. 1999, núm. 21, pp. 80-107.
- KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Cortina, A.; Conill, J. (trads.). Madrid: Tecnos, 1989.
- KUKATHAS, C. "Are there any cultural rights?" *Political theory*. 1992, núm. 20, pp. 105-139.
- KYMLICKA, W. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- LAPORTA, F. J. "El concepto de derechos humanos". *Doxa*. 1987, núm. 4, pp. 23-46.
- "Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero". *Doxa*. 1987, núm. 4, pp. 71-77.
- "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema". En: BETEGÓN et al (coords.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 297-323.
- *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.
- LEMA AÑÓN, C. *Salud, justicia, derechos: el derecho a la salud como derecho social*. Madrid: Dykinson; Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 2009.
- "Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales". *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 2010, núm. 22, pp. 179-203.
- LEVY, J. T. *El multiculturalismo del miedo*. González Miguel, A. (trad.). Madrid: Tecnos, 2003.
- LOCKE, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Mellizo, C. (trad.). Madrid: Tecnos, 2006.
- LÓPEZ CALERA, N. "Naturaleza dialéctica de los derechos humanos". *Anuario de derechos humanos*. 1990, núm. 6, pp. 71-84.
- *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Ariel, 2000.
- "Sobre los derechos colectivos". En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 17-46.

- LOSANO, M. "La cuestión social y el solidarismo francés: actualidad de una antigua doctrina". En: LOSANO, M. (ed.). *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis*. Lloredo Alix, L.; Lema Añón, C. (trads.). Madrid: Dykinson, 2011, pp. 15-36.
- LUKES, S. *El individualismo*. Álvarez, L. (trad.). Barcelona: Península, 1975.
- MAIZ, R.; LOIS, M. "Postmodernismo: la libertad de los postmodernos". En: MELLÓN, J. A. (ed.). *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 403-428.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. "Derechos colectivos y ordenamiento jurídico internacional". En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 77-94.
- "Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros". En: MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. "Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros". En: MARIÑO MENÉNDEZ, F. et al. *La protección internacional de las minorías*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 5-50.
- MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, T. *Ciudadanía y clase social*. Linares, P. (trad.). Madrid: Alianza, 1998.
- MARTÍ DE VESES PUIG, C. "Normas internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales". *Anuario de derechos humanos*. 1983, núm. 2, pp. 277-316.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. "La titularidad del derecho de huelga. Los sujetos titulares en el plano individual y en el plano colectivo". *Revista del Instituto de Estudios Económicos*. 2010, núm. 2 y 3, pp. 27-86.
- MARTÍNEZ DE BRINGAS, A. "La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Una lectura política y jurídica desde los derechos sociales". *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 2010, núm. 23, pp. 107-138.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*. Madrid: Tecnos, 1998.
- MARX, K. *Escritos de juventud*. Rubio Llorente, F. (trad.). Caracas: Instituto de Estudios Políticos, imp. 1965.
- MAZZIOTTI, M. "Diritti sociali". *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII. Milano: Giuffrè, 1964.
- MCDONALD, M. "Should Communities Have Rights?" *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 1991, núm. 4, pp. 217-237.
- MEGÍAS QUIRÓS, J. J. "Dignidad, universalidad y derechos humanos". *Anuario de Filosofía del Derecho*. 2005, núm. XXII, pp. 247-263.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *Modernas tendencias del Derecho constitucional*. Álvarez-Gendin, S. (trad.). Madrid: Reus, 1934.
- MONEREO ATIENZA, C. *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*. Granada: Comares, 2007.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (coord.). *Derecho de huelga y conflictos colectivos: estudio crítico de la doctrina jurídica*. Granada: Comares, 2002.

- MONEREO PÉREZ, J. L. “La titularidad del derecho de huelga y sus manifestaciones anómalas, ilegales o abusivas. Propuestas de reforma”. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*. 2010, núm. 2 y 3, pp. 167-236.
- MOURGEON, J. *Les droits de l’homme*. 5ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.
- NINO, C. S. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989.
- PAINE, T. *Derechos del hombre*. Santos Fontela, F. (trad.). Madrid: Alianza, 1984.
- PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo: diversidad cultural y teoría política*. Chaparro, S. (trad.). Madrid: Istmo, 2000.
- PERGOLESI, F. *Alcuni lineamenti dei diritti sociali*. Milano: Giuffrè, 1953.
- PECES-BARBA, G. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid: Eudema, 1988.
- *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- “Los derechos sociales”. *Temas para el debate: revista de debate político*. 1996, núm. 24, pp. 16-22.
- “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 1998, núm. 6, pp. 15-34.
- *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid: Dykinson, 1999.
- “La universalidad de los derechos humanos”. *Tiempo de paz*. 1999, núm. 52-53, pp. 180-190.
- “Los derechos colectivos”. En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 67-76.
- “Apuntes políticos y jurídicos sobre los derechos sociales”. En: RIBOTTA, S.; ROSSETTI, A. (eds.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 21-39.
- PECES-BARBA, G. *et al. Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- PECES-BARBA, G. *et al. Textos básicos de derechos humanos: con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 2001.
- PECES-BARBA, G.; DORADO, J. “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XIX: el contexto de los derechos fundamentales”. En: PECES-BARBA, G. *et al.* (dir.). *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XIX. Volumen I, Libro I. El contexto social, cultural y político de los derechos. Los rasgos generales de evolución*. Madrid: Dykinson; Universidad Carlos III de Madrid; Instituto Bartolomé de las Casas, 2007, pp. 1-316.
- PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica*. Madrid: Dykinson, 2005.
- *La polémica liberal comunitarista: paisajes después de la batalla*. Madrid: Dykinson, 2005.
- PÉREZ LUÑO, A. E. “Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)”. *Doxa*. 1987, núm. 4, pp. 47-66.

- “Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?”. En: PÉREZ LUÑO, A. E. (coord.) *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 11-52.
 - “La universalidad de los derechos humanos”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. 1998, núm. XV, pp. 95-110.
 - “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos”. En: ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 259-269.
 - *Los derechos fundamentales*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2004.
 - *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.
 - “Igualdad”. En: TAMAYO-ACOSTA, J. J. (dir.). *10 palabras clave sobre derechos humanos*. Estella (Navarra): Verbo Divino, 2005, pp. 121-147.
 - “El puesto de Marx en la historia de los derechos humanos”. En: PECES-BARBA, G. et al. (dirs.). *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XIX. Volumen II, Libro II. La filosofía de los Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson; Universidad Carlos III de Madrid; Instituto Bartolomé de las Casas, 2007, pp. 973-1031.
- PÉREZ ROYO, J. “La antesala de la barbarie”. *El País*. 17 de diciembre de 1998.
- PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.
- PREUSS, U. K. “El concepto de los derechos y el Estado del bienestar”. En: OLIVAS, E. *Problemas de legitimación en el Estado social*. Madrid: Trotta, 1991, pp. 65-89.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.
- “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”. *Revista del centro de estudios constitucionales*. 1995, núm. 22, pp. 9-57.
 - “Igualdad y minorías”. En: PRIETO SANCHÍS, L. (coord.). *Tolerancia y minorías: problemas jurídicos y políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 27-61.
- RAZ, J. *The morality of freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- *La ética en el ámbito público*. Melon, Mª. L. (trad.). Barcelona: Gedisa, 2001.
- RÉAUME, D. “Individuals, groups, and rights to public goods”. *University of Toronto Law Journal*. 1998, núm. 38, pp. 1-27.
- REY PÉREZ, J. L. “La naturaleza de los derechos sociales”. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 2007, núm. 16, pp. 137-156.
- RIBOTTA, S. “Necesidades, igualdad y justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas”. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 2011, núm. 24, pp. 259-299.
- RICOEUR, P. “Fundamentos filosóficos de los derechos humanos: una síntesis”. En: DIEMER, A. et al. *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Paris, etc.: Unesco; Serbal, 1985, pp. 9-32.

RIVERO, J. *Les libertés publiques: 1- Les droits de l'homme*. 5ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1974.

— "Les droits de l'homme: Droits individuels ou droits collectifs? Rapport général introductif". En : VV.AA. *Les droits de l'homme : droits collectifs ou droits individuels (Actes du Colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979)*. Paris: LGDJ, 1980, pp. 17-25.

RODRÍGUEZ ABASCAL, L. "El debate sobre los derechos de grupo". En: COLOMER, J. L.; DÍAZ, E. (eds.). *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002, pp. 63-81.

RODRÍGUEZ PALOP, Mª. E. "Antonio Enrique Pérez Luño: La tercera generación de derechos humanos, Aranzadi, Navarra, 2006, 315 pp." *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 2007, núm. 16, pp. 277-284.

— *La nueva generación de Derechos Humanos: origen y justificación*. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2010.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. *La razón de los derechos*. Madrid: Tecnos, 1995.

RORTY, R. *Contingencia, ironía, solidaridad*. Sinnot, A. E. (trad.). Barcelona, etc.: Paidós, 1991.

ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ROSSETTI, A. "Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales". En: RIBOTTA, S.; ROSSETTI, A. (eds.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 101-126.

RUIZ MIGUEL, A. "Derechos liberales y derechos sociales". *Doxa*. 1994, núm. 15-16, vol. I, pp. 651-674.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O. *La huelga ante el Derecho: conflictos, valores y normas*. Madrid: Dykinson, 1997.

SAVATER, F. "¿Humanos o colectivos?". *El País*. 4 de octubre de 1998.

SCHNEIDER, P. "Social Rights and the Concept of Human Rights". Sylvia Raphael (trad.). En: RAPHAEL, D. D. (ed.). *Political theory and the rights of man*. London, etc.: Macmillan, 1967, pp. 81-94.

SILGUEIRO ESTAGNAN, J. *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*. Madrid: Dykinson, 1995.

SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. Ayala, F. (trad.). Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. "Los derechos fundamentales en la Constitución española". *Revista de Estudios Políticos*. 1999, núm. 105, pp. 9-28.

— "Los derechos colectivos desde la perspectiva constitucional española". *Cuadernos de Derecho público*. 2001, núm. 12, pp. 79-115.

TAVERNIER, P. "Jacques Mourgeon, penseur des droits de l'homme (1938-2005)" [en línea]. *Droits fondamentaux*. 2004, núm. 4, pp. 5-7. Disponible en Internet [consulta: 16 de agosto de 2012]: <http://www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/df4pthjm.pdf>.

VAN BOVEN, T. C. "Criterios distintivos de los derechos humanos". En: VASAK, K. (ed.). *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Paris, etc.: Unesco; Serbal, 1984, pp. 77-99.

VAN DYKE, V. "Human Rights and the Rights of Groups". *American Journal of Political Science*. 1974, núm. 18, pp. 725-741.

— "Collective Entities and Moral Rights: Problems in Liberal-Democratic Thought". *The Journal of Politics*. 1982, núm. 44, pp. 21-40.

VIDAL GIL, E. "Sobre los derechos de la solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho". *Anuario de Filosofía del Derecho*. 1993, vol. 10, pp. 89-110.

WALDRON, J. *Liberal rights: collected papers 1981-1991*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

WELLMAN, C. H. "Liberalism, communitarism, and group rights". *Law and Philosophy*. 1999, núm. 18, pp. 13-40.

YOUNG, I. M. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

II. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA CUASI JURISPRUDENCIAL CONSULTADA:

Auto del Tribunal Constitucional núm. 1021/1987, de 22 de septiembre.

Auto del Tribunal Constitucional núm. 1178/1988, de 24 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981, de 8 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 19/1983, de 14 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 26/1987, de 27 de febrero.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 128/1987, de 16 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 64/1988, de 12 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 85/1988, de 28 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 144/1988, de 12 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 47/1990, de 20 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 214/1991, de 11 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 28/1992, de 9 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 269/1994, de 3 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/1995, de 26 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 145/1997, de 15 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 141/2000 de 29 de mayo.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 154/2002, de 18 de julio.

Observación General núm. 23 del Comité de Derechos Humanos, sobre los derechos de las minorías (art. 27): 50º periodo de sesiones, 8 de abril de 1994. Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/fb7fb12c2fb8bb21c12563ed004df111?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/fb7fb12c2fb8bb21c12563ed004df111?Opendocument)

Observación General núm. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho a una vivienda adecuada (art. 11.1): 6º periodo de sesiones, 13 de diciembre de 1991. Doc. ONU E/1992/23 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument)

Observación General núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre las personas con discapacidad: 11º periodo de sesiones, 9 de diciembre de 1994. Doc. ONU E/1995/22 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/4b0c449a9ab4ff72c12563ed0054f17d?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/4b0c449a9ab4ff72c12563ed0054f17d?Opendocument)

Observación General núm. 6 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores: 13º periodo de sesiones, 8 de diciembre de 1995. Doc. ONU E/1996/22 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/482a0aced8049067c12563ed005acf9e?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/482a0aced8049067c12563ed005acf9e?Opendocument)

Observación General núm. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho a la educación (art. 13): 21º periodo de sesiones, 8 de diciembre de 1999. Doc. ONU E/C.12/1999/10 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/462/19/PDF/G9946219.pdf?OpenElement>

Observación General núm. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12): 22º periodo de sesiones, 11 de agosto de 2000. Doc. ONU E/C.12/2000/4 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>

Observación General núm. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho al agua (arts. 11 y 12): 29º periodo de sesiones, 20 de enero de 2003. Doc. ONU E/C.12/2002/11 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/402/32/PDF/G0340232.pdf?OpenElement>

Observación General núm. 17 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor/a (art. 15.1.c): 35º periodo de sesiones, 12 de enero de 2006. Doc. ONU E/C.12/GC/17 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/400/63/PDF/G0640063.pdf?OpenElement>

Observación General núm. 18, sobre el derecho al trabajo (art. 6): 35º periodo de sesiones, 6 de febrero de 2006. Doc. ONU E/C.12/GC/18 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/403/16/PDF/G0640316.pdf?OpenElement>

Observación General núm. 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2.2): 42º periodo de sesiones, 2 de julio de 2009. Doc. ONU E/C.12/GC/20 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>

Observación General núm. 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho a participar en la vida cultural (art. 15.1.a): 43º periodo de sesiones, 17 de mayo de 2010. Doc. ONU E/C.12/GC/21/Rev.1 [en línea]. Disponible en Internet [consulta: 26 de agosto de 2012]:

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>

* * * * *

Madrid, 3 de septiembre de 2012