

5. DERECHOS INDIVIDUALES-- DERECHOS COLECTIVOS

Como vimos anteriormente, los derechos individuales son un corolario de la doctrina liberal. Un rápido examen de la literatura más reciente sobre el tema de los derechos del hombre nos muestra que el lenguaje de los derechos es ambiguo, poco riguroso y no pocas veces utilizado retóricamente. La palabra "derechos" con frecuencia es expresión de ideales o reivindicaciones de ciertos movimientos históricos y no de derechos en sentido estricto, es decir, jurídicamente riguroso. Este uso oscurece y oculta la diferencia entre los derechos meramente ideales o reivindicados, y los derechos reconocidos o protegidos. Hablar de "de-

rechos" en este último sentido supone que a las aspiraciones, ideales o reivindicaciones de una sociedad o grupo social se les atribuya validez jurídica, es decir, que lleguen a ser incorporados al orden jurídico a través de normas cuya violación implica una sanción. El proceso a través del cual los derechos fundamentales se transformaron de meros ideales en normas jurídicas se encuentra en los cambios ocurridos en la historia, más precisamente en el terreno de las relaciones políticas y, en el terreno teórico, principalmente en el ámbito de la historia del pensamiento político y jurídico, en las transformaciones de las concepciones de la política y del derecho. A lo largo de este camino se ha ido extendiendo, al mismo tiempo, la esfera de derechos que son declarados como derechos del hombre.

El análisis del enriquecimiento de los derechos fundamentales nos muestra con claridad la relación entre derechos del hombre y sociedad, tanto respecto del origen social de esos derechos como sobre el estrecho nexo entre cambio social y nacimiento de nuevos derechos. Siguiendo la argumentación de Bobbio sobre este punto, el surgimiento y multiplicación de los nuevos derechos se da, fundamentalmente, a través de tres procesos que pueden resumirse en: más bie-

nes, más sujetos, más "estatus" o más identidades del individuo.²⁶

Con respecto al primer proceso —el aumento de la cantidad de bienes que merecen ser tutelados— se dio el paso de los derechos de libertad a los derechos políticos y, finalmente, a los derechos sociales. Como vimos en el primer punto, el asunto de partida de la doctrina liberal es el individuo: "La idea que se ha vuelto irrenunciable del liberalismo —escribe Bobbio— es que el punto de partida de una sociedad libre y justa es siempre el individuo y no puede haber sociedad libre si no está fundada sobre el acuerdo de aquéllos que la constituyen."²⁷ La garantía de la autonomía del individuo se da a través de los derechos individuales del liberalismo clásico, los cuales, a su vez, son condiciones de la democracia; o, lo que es lo mismo, las libertades básicas —personal, de opinión, de reunión, de asociación— son condiciones necesarias para la participación de esos individuos en la discusión y toma de decisiones colectivas.

²⁶ Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Turín, 1990, pp. 72 y ss.

²⁷ Norberto Bobbio, "Intervento", intervención de Bobbio, no publicada, en un congreso sobre el socialismo liberal en Bolonia (mimeo), 1990, p. 6.

Pero si lo que se busca es asegurar una verdadera participación, un diálogo real, entre individuos *iguales*, esas libertades han resultado no ser suficientes ni en la teoría ni en la práctica: se requieren otros derechos a fin de reducir ciertas desigualdades económicas y sociales. Porque si desde el punto de vista político los individuos son relativamente iguales, económicamente hay grandes desigualdades. Con la conquista de la democracia y la consecuente extensión de los derechos políticos, a través del sufragio universal, se exigen más cosas. Las garantías formales permiten el acceso a la arena de las demandas políticas —la mayoría de contenido social— que pueden ser recibidas por los gobiernos, de cada vez más individuos que empiezan a solicitar garantías materiales. Desde el punto de vista de la democracia, la lucha contra las desigualdades sociales tomó la forma de una lucha en favor, primero, de la universalización de los derechos políticos y, después, de la institución de ciertos derechos llamados sociales. Buscar una distribución más equitativa de la riqueza para compensar las condiciones desiguales de vida en las sociedades capitalistas, a través de una serie de reformas sociales, en particular en el desarrollo de los derechos liberales a los derechos sociales, es perfectamente compatible con el punto de partida indi-

vidualista de la teoría de los derechos de la tradición liberal.

En cuanto al segundo proceso —extensión de la titularidad de algunos derechos a sujetos distintos del individuo—, se pasó de la consideración del individuo como sujeto único al que se le atribuyeron derechos naturales o de la "persona", a sujetos distintos como la familia, las minorías étnicas o religiosas, con el reconocimiento de que la situación específica de cada uno de estos nuevos "sujetos" los coloca en una posición de debilidad en el tejido social.²⁸ En relación a este proceso de reconocimiento de "más sujetos", cabe hacer la distinción entre el sujeto que como actor social conquista derechos sociales para sus miembros, donde puede hablarse de "sujetos colectivos" (sindicatos, partidos, etc.) y el sujeto como titular de un derecho.²⁹

²⁸ Bobbio destaca el hecho de cómo en el debate actual entre filósofos morales se incluyen los derechos de los descendientes a la sobrevivencia, el derecho de los animales e incluso se habla de "derechos" de la naturaleza entre los movimientos ecologistas.

²⁹ Si bien Bobbio no ha problematizado el concepto de derechos colectivos, queda claro que sólo los individuos, en sentido estricto, son titulares de derechos. No hay sujetos morales colectivos: el único agente moral es el individuo.

Con el tercer proceso se da una expansión de los derechos del hombre, se pasa del hombre abstracto al hombre concreto, "a través de un proceso de diferenciación gradual o de especificación de las necesidades y de los intereses, de los cuales se pide su reconocimiento y protección".³⁰ En concreto, se trata del paso del hombre genérico al hombre específico, es decir, al hombre considerado en la especificidad de sus distintos "estatus" o identidades sociales, en sus distintas fases y estados de la vida, los cuales se distinguen mediante diversos criterios de diferenciación: sexo, edad, condiciones físicas, etcétera. Estos derechos reconocen diferencias distintas a las económicas y pretenden corregir esas desigualdades que son fuente de formas de opresión sexistas o racistas.

Un problema fundamental en la discusión sobre los derechos humanos es el modo de proteger esos derechos: porque "una cosa es hablar de derechos del hombre, derechos siempre nuevos y siempre más amplios, y justificarlos con argumentos persuasivos, y otra cosa es asegurar su protección efectiva".³¹ Es

³⁰ Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, op. cit., p. VIII.

³¹ Norberto Bobbio, *ibid.*, p. 64.

evidente que esta "protección efectiva" es mucho más difícil en el caso de los derechos sociales que en el de los derechos de libertad o los políticos. A diferencia de la clase de derechos que tienen la forma de expectativas negativas, que imponen al poder público deberes de "no hacer" (prohibiciones), el reconocimiento y la protección de los derechos sociales presupone deberes por parte del Estado de "hacer" (obligaciones). Además, presuponen no sólo una acción del Estado, en particular la eliminación de los obstáculos de orden económico y social para su ejercicio, sino que éste tenga forma de garantizarlos mediante el empleo del "máximo de los recursos de que dispone". En este punto se vuelven indispensables los análisis sociológicos y politológicos de los presupuestos de lo que los sociólogos llaman la "implementación" de esos derechos, es decir, del conjunto de las condiciones prácticas que aseguran lo que los juristas llaman su "efectividad". La garantía y protección de los derechos sociales es más un asunto político que una cuestión jurídica, en tanto que la eventual expansión del gasto social del Estado no depende del reconocimiento que debe hacerse de los derechos sociales, sino de decisiones políticas.³²

³² G. Zagrebelsky, "Senza diritti sociale la società diventa feroce", s.f., s.e.

Los derechos del hombre son, pues, derechos *históricos*, es decir, nacieron en ciertas circunstancias, están marcados por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes, su crecimiento ha sido gradual y han estado constantemente sujetos a revisión y enriquecimiento. Su eficacia depende no de su simple proclamación sino de condiciones políticas, económicas y culturales. En otras palabras, no sólo los derechos sociales cuya eficacia claramente depende de los recursos disponibles requieren condiciones reales para su ejercicio.

Partiendo de este hecho incuestionable, como lo muestra la modificación continua de la lista de los derechos del hombre a raíz de cambios históricos, de las necesidades y de los intereses de las clases en el poder, de los medios disponibles para su realización, de las transformaciones técnicas, etcétera,³³ no parecería haber obstáculos para la introducción de nuevos derechos.

¿Qué problema plantean, entonces, los llamados derechos culturales? Cuando se considera que los derechos fundamentales no son suficientes para salva-

³³ Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, op. cit., p. 9.

guardar la identidad cultural de las minorías en sociedades multiculturales se proponen ciertos derechos especiales, que son descritos en términos de "derechos culturales", los cuales se plantean en términos de "derechos de grupo" o "derechos colectivos". Se considera que el liberalismo, justamente por su individualismo, es ciego a las injusticias que sufren las culturas de las minorías y que esto puede rectificarse complementando el liberalismo con una teoría de los derechos culturales.

Pero, en el contexto de una teoría democrático-liberal de los derechos, la idea de "derechos de grupo" o "derechos colectivos" hace surgir preguntas: ¿cómo pueden los grupos tener derechos que no sean en última instancia reducibles a los derechos de sus miembros individuales? O, si los grupos tienen derechos, ¿no entrarían éstos en conflicto de manera inherente con los derechos individuales? Habermas expresa las mismas dudas desde otro punto de vista: "¿Puede una teoría de los derechos construida de manera tan individualista ocuparse adecuadamente de las luchas por el reconocimiento en las que lo que parece estar en juego es la articulación y afirmación de identidades colectivas? [...] ¿Acaso el reconocimiento de formas de vida y de tradiciones culturales que han sido marginadas, ya sea en el contexto de

una cultura mayoritaria o en una sociedad global eurocéntrica, no requiere garantías de *estatus* y de sobrevivencia –en otras palabras, algún tipo de derechos colectivos que chocan con la anticuada autocomprensión del Estado constitucional democrático, hecho a la medida de los derechos individuales y en ese sentido ‘liberal’?³⁴

Las pretensiones de reconocimiento de las identidades colectivas y de derechos iguales para formas culturales de vida plantea el problema filosófico de la compatibilidad o conflicto entre los principios liberales, en particular la concepción moderna de la libertad fundada en el individualismo, y los principios del multiculturalismo y la política de la diferencia, donde los grupos tienen prioridad moral sobre los individuos. La introducción de los derechos culturales en la lista de los reconocidos y garantizados por las constituciones democráticas plantea problemas jurídico-políticos en los que entra en juego una concepción del derecho, y plantea la pregunta de si es necesario introducir derechos colectivos para tutelar las diferencias y sobre las consecuencias que para el Estado de derecho tendría su reconocimiento.

³⁴ Jürgen Habermas, "Struggles for Recognition...", *op. cit.*, pp. 107 y 109.

Los llamados "derechos culturales" son derechos para que "la propia identidad y, por lo tanto, la propia diferencia cultural sea respetada".³⁵ Cabe aclarar que la "identidad" está constituida, justamente, por las características que deben considerarse irrelevantes para la igual distribución de los derechos liberales, civiles, políticos y sociales: raza, color de la piel, sexo, lengua, etcétera. Estas características, cuando sus portadores son por lo general miembros de una minoría, se vuelven relevantes por la adscripción de dos tipos de derechos: el primer tipo lo constituyen los derechos culturales negativos, cuyo objeto es impedir la interferencia por parte de particulares y del Estado dentro de la propia esfera cultural. Este tipo de derechos ya está previsto en algunas constituciones y declaraciones de los derechos en el ámbito internacional; en general no presentan problemas de incompatibilidad con otro tipo de derechos, en particular con los derechos liberales, en tanto que al igual que éstos su objetivo es la realización de la paridad de trato; algunos, incluso, coinciden parcialmente con algunos derechos de libertad (libertad de culto, de opinión, etc.). Es el caso, por ejemplo, de las mi-

³⁵ Paolo Comanducci, "Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado", en *Isonomía*, núm. 3, México, octubre de 1995, p. 27.

norías culturales involuntarias (*by force*³⁶), a las que con la adscripción de los derechos de libertad se les protege de la discriminación y la exclusión forzada. Pero hay elementos que no son objeto de ningún derecho de libertad (lengua), y pueden existir en una cultura elementos que contrasten con algunos derechos de libertad (la no libertad religiosa, la no libertad de asociación, entre otros).

Más problemáticos resultan, sin embargo, los derechos culturales positivos: derechos a "obtener, a través de actitudes apropiadas y comportamientos oportunos, por parte de particulares y de Estados, el respeto y la conservación de la propia identidad cultural".³⁷ Se trata de los derechos reivindicados por

³⁶ Las minorías "involuntarias" están constituidas por conjuntos de individuos que se encuentran de manera contingente en una inferioridad numérica con respecto de otros conjuntos, por ejemplo, los grupos minoritarios en un congreso o parlamento; o bien, están constituidas por conjuntos de individuos que no necesariamente son menos que otros numéricamente, como las mujeres, sino que se definen por características naturales y/o culturales y que se encuentran históricamente, dependiendo de estas características, en una condición de desventaja o de discriminación relativa con respecto de otros grupos con los que conviven. Véase Michelangelo Bovero, *La tolleranza e i suoi limiti*, mimeo, 1996.

³⁷ Paolo Comanducci, "Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado", *op. cit.*, p. 28.

parte de las minorías culturales voluntarias (*by will*³⁸), las cuales rechazan la homologación, la asimilación y la inclusión forzosa en los modelos culturales dominantes en la sociedad en la que viven. Recientemente han sido reconocidos por la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, y luego por la Asamblea General de la ONU (1992).³⁹

¿Cómo pueden pensarse los derechos culturales de manera que no entren en conflicto con los derechos liberales? Hay una cierta correspondencia o similitud entre los llamados derechos culturales y algunos derechos liberales.⁴⁰ Por una parte, un derecho cultural puede ser pensado de modo parecido al derecho de asociación: se trata de un derecho indivi-

³⁸ Son aquellas minorías culturales en desventaja que asumen el carácter de minorías intencionales, en la medida en que sus miembros atribuyen valor a su especificidad o reclaman pretensiones de reconocimiento y respeto para su diferencia, y por ello pretenden no sólo la no discriminación sino derechos especiales que garanticen la preservación de su identidad colectiva. Véase Michelangelo Bovero, *La tolleranza e i suoi limiti*, *op. cit.*

³⁹ *Declaration of the Right of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, adoptada por la ONU en 1992, citada por Paolo Comanducci, "Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado", *op. cit.*, p. 28.

⁴⁰ Michelangelo Bovero, *La tolleranza e i suoi limiti*, *op. cit.*

dual, pero que nadie puede ejercer sino junto con otros. Así como nadie puede ejercer el derecho de asociación asociándose consigo mismo, del mismo modo nadie puede hablar una lengua por sí solo. Por otra, los derechos culturales, siempre considerados como derechos individuales, pueden ser pensados como el derecho de los individuos a mantener su lengua, tradiciones, religión, costumbres, es decir, su "cultura". En otras palabras, el derecho, ejercido de manera individual, a la no homologación con los patrones culturales de la mayoría dominante. Si en cambio se entienden los derechos culturales como adscritos a los grupos, a los colectivos, en primer lugar no se entiende cuál es el colectivo que ejerce ese derecho, y en segundo, los derechos de libertad individual quedan aplastados en tanto que el individuo miembro de un grupo o cultura pierde la libertad individual de ejercer o no esos derechos culturales: estos derechos se vuelven deberes individuales en conflicto con los derechos fundamentales de libertad. Los derechos liberales tienen como fin la protección de la autonomía de las elecciones individuales en todos los ámbitos de la vida; los derechos culturales tienen como objetivo la tutela y la conservación de la identidad de una cultura, lo cual limita necesariamente la autonomía de las elecciones individuales.

La igualdad frente a la ley otorga a los individuos libertad de elección y de acción, que se pueden ejercer de muy distintas formas respetando las "diferencias". Los "derechos culturales", entendidos como derechos colectivos, restringirían las capacidades de los individuos a moldear su vida de manera autónoma. Los grupos valen sólo y en virtud de los individuos que los componen. Y así para las culturas: valen en cuanto tienen valor los individuos que las comparten y no tienen ningún valor intrínseco. Pueden y deben ser modificadas o abandonadas si dejan de valer para los individuos. Cuando los "derechos culturales" entran en contradicción con los derechos liberales, que son la expresión de la autonomía de los individuos y del valor que hay que atribuir a cada uno de ellos, entonces deben ceder.

Entre los autores que se han ocupado de este complicado problema, el canadiense Kymlicka se ha preocupado por ofrecer una teoría de los derechos de las minorías que no cree conflictos con la teoría liberal y le otorga un lugar central a la libertad individual. Su objetivo es mostrar que gran parte de las demandas de los grupos étnicos y nacionales son consistentes con los principios liberales de la libertad individual y con la justicia social. Es evidente que

para muchos de estos conflictos étnicos y nacionales no hay soluciones, al menos no las hay a corto plazo. Aun en las democracias donde se respetan los derechos humanos de los individuos se requieren derechos especiales para las minorías, porque dejar las cuestiones sobre el estatuto de las minorías al proceso de toma de decisiones por la mayoría "vuelve a las minorías culturales indefensas contra injusticias significativas por parte de la mayoría" y "exacerba conflictos etno-culturales".⁴¹

Para evitar controversias sobre la naturaleza y justificación de los derechos de grupo, Kymlicka prefiere llamarlos "derechos específicos (o diferenciados) de grupo". Son derechos que pueden otorgarse a los miembros individuales de un grupo, al grupo en su totalidad, o a un estado federal o provincia en el que el grupo sea la mayoría, como por ejemplo los derechos territoriales de las minorías (*minority land rights*). Lo importante es que son detentados por miembros individuales de los grupos que los poseen

⁴¹ Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, *op. cit.*, p. 5.

y justificados en función de sus intereses. En otras palabras, la discusión sobre los derechos específicos de grupo no es equivalente al debate entre individualismo y colectivismo, es decir, acerca de la prioridad del individuo sobre la comunidad. En el caso del individualismo, se rechaza la idea de que los grupos nacionales o étnicos tengan derechos colectivos: la comunidad importa sólo en la medida en que contribuye al bienestar de los individuos. Los derechos individuales se derivan de los intereses que tiene el individuo como tal y su función es proteger tales intereses. El colectivismo (holismo o comunitarismo) niega que los intereses de la comunidad sean reducibles a los intereses de los miembros que la componen. Los derechos colectivos son considerados en el mismo nivel que los individuales, pero en tanto que se le da prioridad a la comunidad sobre el individuo, los derechos colectivos que protegen los intereses comunitarios de preservar la cultura pueden estar por encima de los individuales. Los derechos específicos de grupo, en cambio, no tienen que ver con la primacía de las comunidades sobre los individuos, sino que se basan en la idea de que la justicia entre los grupos requiere que se les otorguen derechos específicos a los miembros de grupos específicos.

Lo que Kymlicka ofrece como "teoría de los derechos de las minorías" es más un mapa de derechos (algunos de los derechos que las minorías deberían tener en ciertas situaciones) que una lista general de derechos detentados por grupos minoritarios. Le interesan más los derechos que las minorías deben tener en tiempos de paz y prosperidad en las democracias desarrolladas, que los derechos que prohíben los abusos terribles de los que, en algunos lugares, todavía son víctimas esos grupos.

El mapa de derechos de una filosofía política liberal constaría, según Kymlicka, de tres formas de derechos específicos de grupo: 1) "derechos poliétnicos", que se aplican fundamentalmente a los grupos de inmigrantes, grupos particulares religiosos o étnicos, y minorías en territorio propio. Incluyen derechos contra la discriminación, derecho a apoyo financiero y protección legal para las prácticas culturales diferentes, derecho a la educación que reconoce las culturas y las lenguas de las minorías, exención de ciertas leyes que pueden poner en desventaja a grupos en virtud de sus prácticas culturales y religiosas. El objetivo de estos derechos es "ayudar a los grupos étnicos y a las minorías religiosas a expresar su singularidad y orgullo cultural sin que ello impida su éxito en las institucio-

nes políticas y económicas de la sociedad dominante";⁴² 2) "derechos especiales de representación", que se aplican tanto a las minorías como a las nacionalidades. Tienen como fin asegurar una representación justa para las minorías en los cuerpos y procesos políticos, es decir, lograr que el proceso político refleje la diversidad de la población a través de reformas al mismo (hacer que los partidos políticos sean más inclusivos), de la adopción de alguna forma de representación proporcional o de reservar un número de curules para miembros de los grupos desaventajados o marginalizados; 3) "derechos de autogobierno", que están restringidos a las minorías nacionales. Su objetivo es asegurar el desarrollo total y libre de las culturas de las minorías otorgándoles alguna forma de autonomía política o jurisdicción territorial.⁴³

⁴² Will Kymlicka, *ibid.*, p. 31.

⁴³ Un mecanismo para reconocer demandas de autogobierno es el federalismo. Kymlicka aclara que sólo puede servir si la minoría nacional forma una mayoría en una de las subunidades federales, lo cual no se cumple para la mayoría de los indígenas. Véase Will Kymlicka, "Federalismo, nacionalismo y multiculturalismo", *op. cit.*

Para evitar que se confunda la relación entre derechos individuales y derechos de grupo, provocada por la amplitud y heterogeneidad de la categoría de derechos colectivos, propone distinguir entre dos tipos de demandas de los grupos nacionales o étnicos: 1) las "restricciones internas", que responden a la demanda de derechos de una cultura de minoría contra sus propios miembros, es decir, protegen su modo de vida tradicional de la disidencia individual interna; 2) las "protecciones externas", que una cultura minoritaria demanda frente a la sociedad más amplia, para protegerla de las decisiones económicas y políticas de la cultura principal.⁴⁴ Los liberales deben apoyar los derechos de minoría que confieren "protecciones externas" en tanto que su objetivo es asegurar que exista una mayor igualdad entre los grupos, pero deben rechazar aquellos que autorizan "restricciones internas", ya que "limitan el derecho de los miembros del grupo a cuestionar y revisar a las autoridades y las

⁴⁴ Para una perspectiva crítica sobre los derechos de grupo y una propuesta similar a la de Kymlicka, véase también D. M. Johnston, "Native Rights as Collective Rights: A Question of Group", y M. Hartney, "Some Confusions Concerning Collective Rights", en Will Kymlicka (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, *op. cit.*

prácticas tradicionales",⁴⁵ restringiendo así las libertades civiles y políticas en el interior del grupo.⁴⁶ De este modo, los derechos de las minorías son congruentes con la teoría liberal siempre y cuando se subraye la importancia de fijarles ciertos límites. Por un lado, los derechos de las minorías no deben permitir que un grupo domine o explote a otros grupos. Por otro, no deben permitir que un grupo oprima a sus propios miembros. El liberalismo tiene como principio fundamental ofrecer garantías para la libertad individual: cada individuo debe tener la libertad y la capacidad de cuestionar y revisar las prácticas tradicionales de su comunidad, decidiendo por sí mismo qué aspecto de su herencia cultural quiere preservar. Una concepción liberal de los derechos de las minorías no puede, por tanto, hacerse cargo de todas las demandas de los grupos minoritarios. Por ejemplo, no podrá satisfacer las demandas de una minoría cultural que no esté de acuerdo con un sistema de derechos atado a

⁴⁵ Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship...*, *op. cit.*, pp. 35-40.

⁴⁶ Habría que preguntarse, sin embargo, si el hecho de dar a los grupos minoritarios mayor poder y recursos para protegerse contra presiones externas no les daría mayor poder para imponer restricciones internas sobre sus miembros.

la protección de la libertad y la autonomía individuales, porque ello implicaría la reorganización de la estructura interna de su comunidad de acuerdo con los principios liberales de la democracia y de la libertad individual. Las minorías culturales tendrían, entonces, el derecho de mantenerse como culturas diferentes sólo si se rigen por principios liberales.