

JOVANOVIĆ A., Miodrag, *Collective Rights. A Legal Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 230 pp.

De manera segura y paulatina, los derechos colectivos han ido ganando cada vez más terreno en el campo de lo jurídico. A pesar de ese florecimiento, el concepto de dichos derechos continúa generando controversias. A manera de ejemplo, se plantea el interrogante acerca de su titularidad: ¿son los colectivos o los individuos miembros de los colectivos los portadores de estos derechos? También se discute sobre la compatibilidad de los derechos colectivos con los individuales y, en conexión con esto, sobre la posible preponderancia de los primeros sobre los segundos y viceversa. En esta línea, una de las cuestiones más discutidas tiene que ver con la pregunta sobre cómo es posible fundamentar la existencia de los derechos colectivos.

Con la intención de traer luces en algunos los asuntos arriba mencionados, Miodrag Jovanović ha escrito el libro *Collective Rights. A Legal Theory*. Esta obra no busca adentrarse en las especificidades de la normativa vigente ni de la práctica judicial. Por el contrario, al emplearse en el título la expresión *legal theory* (que encuentra una traducción más o menos acorde en la locución castellana *teoría del derecho*), ya se nos anuncia que el libro apunta a algo más general, sin descartar las consecuencias que ello tiene tanto sobre el derecho vigente como sobre la práctica judicial.

Del contenido resulta evidente que el objetivo final de Jovanović es defender y promover los derechos colectivos. Para ello, procediendo con un lenguaje diáfano y sobre todo con el uso del método analítico, se discuten y examinan diligentemente los aspectos conceptuales básicos que deben ser tomados en cuenta para conformar una noción estable de derechos colectivos. El libro engloba varias tesis, pero todas ellas van unidas por un hilo conductor que actúa como tesis principal: la idea de los derechos colectivos y su razón de ser o justificación deben buscarse por fuera de los márgenes que establecen las normas jurídicas. No constituye una sorpresa que esta sea la tesis principal, puesto que un común denominador compartido por toda *legal theory* es considerar que el fenómeno jurídico en su totalidad no comienza ni se agota en las normas legales, por lo que tam-

bién es necesario recurrir a disciplinas no jurídicas (sociología, política, filosofía, etcétera) para obtener una comprensión cabal del mismo.

La obra se estructura en cuatro capítulos y una sección final, en la cual se exponen las conclusiones. Se inicia con el capítulo “What it means for a theory of collective rights to be legal – reflections on methodology”, que se centra en precisar una metodología que permita abordar el objeto de estudio. Aquí se excluye el positivismo jurídico en tanto herramienta metodológica, ya que el positivismo, en el caso de Hans Kelsen, lo reduce todo a la norma jurídica o, en el caso de H. L. A. Hart, encuentra solamente en el individuo el punto focal del concepto de derecho. A diferencia de Hart y Kelsen, Jovanović sostiene, por una parte, que la existencia de los colectivos es pre-legal y, por otra parte, que en el concepto de derechos colectivos debe predominar *el valor de lo colectivo* (*value-collectivism*). En este sentido, Jovanović postula que debe procederse con un método que no sea legalista y que se oriente a lo colectivo. *El valor de lo colectivo* es tal vez la premisa más importante del capítulo y del libro, pues ella viene a ser la razón esencial por la que debe haber derechos colectivos. Siguiendo a Norberto Bobbio, el autor apuesta por *el valor de lo colectivo* en tanto algo intrínseco que no es fundado, sino presumido, como todo valor final. Estos rasgos metodológicos se manifiestan luego claramente en los tres capítulos siguientes.

El segundo capítulo recibe el nombre “Theories of rights and collectives as right-holders”, y se discurre acerca de cómo debe teorizarse sobre derechos colectivos y cuál es el bien que éstos protegen. Sobre la primera pregunta, considera el autor que la teoría del interés es la más adecuada, y asume que una aproximación teórica a estos derechos ha de abarcar la dimensión analítica y la normativa. Sin embargo, oponiéndose a la teoría tradicional del interés de Joseph Raz, en el presente contexto lo normativo significa asumir un punto de vista moral sobre el tema en cuestión. Ello da pie para sostener que la posesión de derechos colectivos depende de que el colectivo tenga un valor moral propio, no reducible a la simple suma del valor moral individual de cada miembro. Es el interés del colectivo lo relevante y no el del individuo. En cuanto a la segunda pregunta, después de exponer críticamente las tesis de Denise Réaume y Joseph Raz, se propone que los derechos colectivos se entiendan como derechos a bienes colectivos socialmente irreducibles, es decir, bienes que no son simples instrumentos para la satisfacción individual, sino especialmente para lograr

un fin del colectivo. Aquí igualmente se afirma que no es la naturaleza o estructura del bien lo que decide si es colectivo o no, sino la comprensión común que el colectivo tenga del bien. Como ejemplo, Jovanović alude al derecho colectivo de los pueblos indígenas a la tierra: en principio, la tierra es un bien materialmente divisible, mas los pueblos indígenas la consideran algo indivisible que sólo puede ser propiedad del colectivo, dando origen a un bien colectivo socialmente irreducible y luego a un derecho colectivo sobre la tierra. Entonces, es un elemento subjetivo lo que determina directamente la existencia de bienes colectivos socialmente irreducibles e indirectamente la existencia de derechos colectivos.

El tercer capítulo, denominado “Collective rights as a legal distinctive legal concept”, toca aspectos que hacen posible diferenciar los derechos colectivos de los individuales. De allí se destacan tres puntos. Primero, para el autor, el ejercicio conjunto (*jointly*) de un derecho no implica que el mismo sea un derecho colectivo, así como el ejercicio individual tampoco equivale a que sea un derecho individual. Por ejemplo, el derecho a la libre expresión se puede ejercer conjuntamente en grupo, pero siempre será un derecho individual. Por el contrario, el derecho a pescar en ciertas aguas, basado en que se pertenece a cierto grupo indígena, es un derecho colectivo, aunque se pueda ejercer individualmente. Lo importante es el interés final al que se sirve: si es un interés colectivo, será un derecho colectivo. En el último caso, el interés final es el de un colectivo indígena en sobrevivir, por medio de prácticas ancestrales como la pesca. Segundo, se remarca que el titular del derecho es un colectivo, el cual no es creado por la ley, no puede reducirse a una simple suma de individuos, tiene un valor moral intrínseco y es determinante para la vida de sus miembros. Tercero, se reprueba el criterio según el cual la oposición entre derechos colectivos e individuales es suficiente para rechazar los primeros. Expresa Jovanović que la oposición entre derechos está presente en la teoría general del derecho, y que incluso los mismos derechos individuales pueden oponerse entre sí. Por ello, se trata de un argumento insuficiente. Igualmente, se dice que el respeto de los derechos colectivos puede llegar a tener prioridad frente a los derechos individuales, ya se trate de derechos de los miembros o de personas externas. En todo caso, se necesita que haya una justificación pertinente que apunte a los intereses vitales del colectivo.

Visto conceptualmente, el cuarto capítulo (“Are there universal collective rights”?) es una continuación del tercero. La discusión se enfoca en

la —posible— universalidad de los derechos colectivos. El planteamiento nuclear de Jovanović es que la validez universal de tales derechos es teóricamente factible, a pesar de que éstos se orienten realmente hacia la protección de la diferencia y no de la igualdad. Para que ello sea factible debe partirse siempre desde el ámbito moral y no del legal, o sea, el valor moral intrínseco de los colectivos (*el valor de lo colectivo*) es decisivo. No es expreso el autor, pero la razón de esto parece radicar en que se asume que el contenido de lo legal puede variar mucho de Estado en Estado, lo que se opone a lo universal. Ahora, la universalidad en cuestión debe basarse en el hecho de que se demuestre que las personas de cualquier lugar tienen razones de peso para considerar que cierto derecho colectivo es valioso, por lo que cabe decir que el aspecto procedimental pasa a jugar un papel decisivo: no es tanto el *qué*, sino el *cómo* lo que constituye la universalidad de los derechos colectivos. La noción de universalidad planteada tiende a ser *dinámica* y al mismo tiempo *relativa*. Dinámica, porque se afirma que lo que hoy día se considera un derecho universal es posible que anteriormente no lo fuera. Es relativa, ya que, siguiendo el criterio de Jack Donnelly en *The relative universality of human rights*, se propone que la universalidad dé espacio a la mayor cantidad de doctrinas, conceptos y formas de implementación que tienden a variar con la cultura. Estamos hablando, entonces, de una universalidad que da espacio a lo diferente.

En la sección final (“Conclusion — Collectives as the third type of rights-holders”) vemos una defensa más frontal de los derechos colectivos, arguyéndose que ciertos derechos son colectivos por su naturaleza, lo que se hace inteligible cuando la práctica legal asume la posición moral del *valor de lo colectivo*. Y como es de esperarse, se concluye que si todavía no hay un reconocimiento de los colectivos como un tercer tipo de portador de derechos —diferente de las personas naturales y jurídicas—, por lo menos estamos andando el camino hacia el reconocimiento.

En general, tomando en cuenta los argumentos presentados, la propuesta de Jovanović luce convincente. Sin embargo, hay algunos puntos problemáticos, de los cuales se destacan dos que están interconectados. El primero tiene que ver con la metodología. Indudablemente el método escogido (*no legalista* y orientado hacia el *valor de lo colectivo*) es el más apropiado, vista la tesis esencial del libro: la razón de ser de los derechos colectivos debe buscarse principalmente en lo extralegal. No obstante, la introducción del *valor de lo colectivo* como componente del marco metodológico

despierta cierta incertidumbre, pues se dice que tal valor existe, aunque queda en el aire cómo es posible su fundamentación. Teniendo la relevancia que tiene *el valor de lo colectivo* para el proyecto de Jovanović, como lector uno sencillamente espera mayor prolijidad en este punto, además de que una adecuada fundamentación del mismo incidiría positivamente sobre la propuesta. El segundo punto se refiere a la esfera material o sustancial. A lo largo del libro se insiste en que lo moral es el punto último que sirve de soporte para afirmar y defender los derechos colectivos, y se hace alusión constante al *valor moral de lo colectivo*. Pero, al igual que en el caso anterior, se carece de una explicación, ya sea compleja o sencilla, que justifique la legitimidad y pertinencia de ese valor. El problema es que esa fundamentación debe producirse, tanto a fines estrictamente intelectuales como a fines de la práctica legal. Como se ve, no justificar *el valor de lo colectivo* tiende a comprometer el proyecto de Jovanović.

Cabría pensar que Jovanović no necesita ni debe meterse con asuntos que no son estrictamente jurídicos, como es el caso de la fundamentación del *valor moral de lo colectivo*. Pero entonces queda la sensación de que en el fondo no se logra justificar del todo la existencia de los derechos colectivos y que se realiza un desplazamiento de la tarea del campo de lo jurídico a otros campos del saber, justamente por la importancia del *valor moral de lo colectivo*. De cualquier manera, como se dijo al comienzo, el libro no pretende llevar a cabo una exposición detallada de todo el tema, sino construir un marco conceptual general, lo que ciertamente se logra.

Johnny Antonio DÁVILA*

* Profesor de derecho de la Universidad Antonio Nariño, Bogotá, Colombia.