

DERECHOS SUBJETIVOS Y DERECHOS COLECTIVOS: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ¹

ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ ²

*Para ser evaluado, sin calificar
(Módulo de Unidades)*

I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales falencias que es posible detectar en torno a los derechos colectivos es la ausencia de una teoría general que trate de establecer su naturaleza, su contenido y su tipología.

Por idéntico proceso pasaron oportunamente los derechos subjetivos, y si bien, en la actualidad no existe una opinión unánime respecto de sus elementos constitutivos, se han ido construyendo distintas vertientes, que desde lo formal y sustancial, permiten visualizar un determinado marco conceptual de los derechos subjetivos.

El objeto del presente trabajo consiste en delinear las principales características de los derechos subjetivos, y a partir de ese plano, intentar analizar la similitudes y diferencias que pueden existir con los derechos colectivos.

¹ El presente trabajo tiene como base la ponencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (España) los días 3, 4 y 5 de diciembre de 2003.

² Doctor en Derecho con recomendación al Párrafo Facultad (Facultad de Derecho, UBA), Profesor de Derecho Constitucional de Grado, Postgrado y Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Subdirector del Departamento de Derecho Público I de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional, Director General de AGDCorraliza.

II. LOS DERECHOS SUBJETIVOS

I. La naturaleza de los derechos subjetivos

1. Respecto de la naturaleza de los derechos subjetivos se han elaborado tres corrientes bien definidas: *la teoría de la voluntad, la teoría del interés y la teoría de la posición jurídica* ³.

2. Desde la óptica de la teoría de la voluntad, el derecho subjetivo es *un poder o facultad atribuido a la voluntad del sujeto*. Una esfera de autonomía que el ordenamiento pone a disposición del individuo *junto con la protección correspondiente*. Esta iniciativa soberana de la voluntad individual puede manifestarse en dos direcciones: a) provocando el nacimiento, cambio o desaparición de derechos; b) exigiendo de otro sujeto algún comportamiento prescrito por la norma que instituye positivamente el derecho subjetivo.

Uno de los exponentes de esta corriente, Bernard Windscheid ⁴ sostuvo que del derecho como facultad se habla en un doble sentido: a) derecho a una cierta conducta, acción u omisión, de una persona singular o de todas las que se encuentran frente al facultado. En este sentido, el orden jurídico ha emitido, sobre la base de un hecho concreto, un mandato de observar una conducta de determinada índole y ha puesto este mandato a la libre disposición de aquel en cuyo beneficio ha sido emitido. El orden jurídico deja a su cargo hacer uso o no del mandato y en particular hacer aplicación o no de los medios concebidos por él contra quien se resista. Conforme a eso, su voluntad es decisoria para la efectividad del mandato emitido por el orden jurídico, el cual se ha desprendido del mandato emitido por él en favor del titular, posibilitando que el derecho devenga en su derecho; b) que la voluntad del facultado es decisoria para el nacimiento de derechos o para la extinción o modificación de derechos que ya habían nacido. Se atribuye al facultado una voluntad decisoria para la existencia de mandatos pertinentes al orden jurídico. Ambas especies de derecho subjetivo comprenden la definición: "El derecho es un poder o señorío de la voluntad conferido por el orden jurídico" ⁵.

³ Ver FERRERAS-GUTIÉRREZ, Antonio - De Castro Ota, Benito, *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*, Universidad, España, 2000, pp. 282-287.

⁴ Ver Windscheid, Bernard, en Von Bar, Rudolf, *Los elementos jurídicos (segunda de un apéndice) con los de mano de Barony y Windscheid sobre el derecho subjetivo*, Losada, Buenos Aires, 1946, p. 121.

⁵ Bernard Windscheid aclara en la nota a pie de página 3 de la obra precedentemente citada que: "Hay que partir de que la voluntad que manda es el derecho subjetivo es solamente la voluntad del orden jurídico y no la voluntad del facultado. Así cuando el orden jurídico decreta el contenido de su man-

Otro autor que cultivó esta corriente como Savigny ⁶, sostuvo que el derecho en la vida real aparece como poder del individuo. En los límites de ese poder, reina la voluntad del individuo con el consentimiento de todos. A tal facultad o poder se lo denomina derecho subjetivo a partir del cual "cada relación de derecho nos aparece como una relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada individuo un dominio donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña". El derecho subjetivo es esencialmente un poder de la voluntad, la cual dentro de los límites de ese poder tal como han sido determinados por la reglas jurídicas, aparece como soberana y es independiente de las voluntades extrañas.

3. La teoría del interés tiene en Rudolf Von Ihering ⁷ a su autor más destacado. En sus clásicas palabras, el derecho subjetivo es un "interés jurídicamente protegido" que se encuentra respaldado por la correspondiente regla jurídica ⁸, cuya efectividad dependerá de la iniciativa del propio titular.

Existen dos elementos en torno al derecho subjetivo: a) uno, es interno y sustantivo, b) otro, externo y formal. Ambos, son igualmente necesarios para que podamos hablar de la existencia de un derecho subjetivo, puesto que si no contamos con la correspondiente protección jurídica, cualquier interés seguirá siendo relevante pero no alcanzará el status de derecho subjetivo. En palabras de Von Ihering ⁹: "Dos elementos constituyen el principio del derecho: uno sustantivo, que reside en el fin práctico del derecho, que produce una utilidad, las ventajas y ganancias que esto asegura; otro formal, que se refiere a ese fin únicamente como medio, a saber: protección del derecho, acción de la justicia. Éste es el fruto y aquél lo evoluciona o cámara protectora. Por sí misma, el Estado no crea más que un estado de

dato del querer de una persona, sin embargo, el solo estado y no esta persona. Pero, para este estado existe en beneficio del facultado, el orden jurídico ha hecho decretar la voluntad de aquel. Su voluntad es decisoria para la creación de unos porque es decisoria de un mandato jurídico, que a su vez es decisoria para la creación de otros".

⁶ Ver Savigny, M. F. C., *Sistema de Derecho Romano Actual*, vol. I, tom. 4, Góngora, Madrid, pp. 65, 66 y 258 y ss.

⁷ Ver Von Ihering, R., *La dignidad...*, cit.

⁸ En torno a la protección, Rudolf Von Ihering sostuvo: "Los intereses populares son objeto de la protección más amplia de la protección concedida a los intereses de la acción. Los intereses que difieren con acciones tienen en realidad un carácter indeterminado y de generalidad, son siempre los intereses de la comunidad, del público; actos que se protegen, porque su violación produce peligros públicos. Pero todos los intereses de esa especie no dan lugar a una acción popular, la cual no constituye un principio del de la protección de los intereses generales, sino que se limita a los casos que el derecho positivo ha establecido, cuando figura sin esistencia en cuanto a sus condiciones y sus efectos que su aplicación no puede dar lugar a ninguna dificultad" (La dignidad..., cit., p. 191).

⁹ Ver Ihering, R., *La Dignidad...*, cit., pp. 183-89.

hecho útil o de goce (interés de hecho) que cualquiera, a su antojo, tiene el medio o puede impunemente, a cada instante, destruir o cambiar. Esta situación viene a ser no menos precaria, menos inestable, que cuando la ley viene a protegerla. La seguridad jurídica del goce es la base jurídica del derecho. Los derechos son intereses jurídicamente protegidos... Gocer, tal es el objeto propio del derecho; reivindicar un derecho es, pues, el medio de llegar a poder gozar de él. Ningún derecho puede unirse al abandono; la facultad de abandonarlo podría desaparecer sin que la acción del derecho se alterase por esa desaparición... Gocer de un derecho sin disponer de él, puede concebirse; disponer de él sin gozarlo es imposible”.

4. La teoría de la posición jurídica fue elaborada, entre otros, por Hans Kelsen ¹⁰. Para dicha postura, la esencia del derecho subjetivo se encuentra en el hecho de que una norma otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, ante el incumplimiento de una obligación. No existe dentro del marco de dicha teoría ninguna clase de poder o capacidad de decisión de la voluntad humana que sea respaldada por el ordenamiento jurídico. El derecho subjetivo sólo existe en la medida en que ha sido creado por la norma al incorporar la manifestación de la voluntad del sujeto como condición de imposición de una sanción. Desde la óptica de Hans Kelsen ¹¹: *“Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querrela o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser apurado al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho subjetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Sólo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son concusados sobre la institución de la propiedad privada y toman en cuenta los intereses privados. Dicha técnica no es, sin embargo, utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho ‘privado’ y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues, en lugar del individuo lesionado en sus intereses, interviene un órgano extraño, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción”.*

¹⁰ Ver Kelsen, Hans, *Tratado Pure del Derecho*, pp. 95 y 101. Bogotá, Buenos Aires, 2000.

¹¹ *Ibidem*, p. 100.

La enseñanza que brinda la visión kelseniana consiste en la afirmación de que el derecho subjetivo no es una noción material o de contenido, sino una noción formal, rigurosamente técnica, congruente con el armadillo conceptual de la ciencia jurídica y despojada de todo significado político, ético o histórico. Esta afirmación exige el abandono de posturas emblemáticas que postulan al derecho subjetivo como noción transformadora de la realidad jurídica o como estandarte para luchas de reforma social ¹².

Dentro de los distintos usos del término derecho subjetivo en sentido jurídico que propone Kelsen, se destaca el que relaciona al derecho como acción procesal, en el sentido de que tener un derecho, además de presuponer la existencia de una serie de obligaciones jurídicas, permite la posibilidad de recurrir a los órganos judiciales para exigir el cumplimiento de una obligación correlativa o para imponer la sanción prevista en caso del incumplimiento de la obligación ¹³.

5. Desde una perspectiva distinta, Georg Jellinek introduce un elemento fundamental para poder distinguir entre derechos subjetivos privados y públicos. En los primeros, el elemento dominante es el *finere* (compuesto por las acciones jurídicamente relevantes, permitidas por el ordenamiento jurídico) y constituyen derechos privados, separables de la personalidad de su titular mediante un acto de voluntad. En los segundos, el elemento determinante es el *potere* (capacidad o potestad jurídica que resulta de una extensión de la capacidad de obrar natural que permiten provocar la acción y tutela del Estado), configurando derechos públicos que no se pueden desprender de su titular sin que la personalidad de éste resulte disminuida, porque conforman un *status* inescindible de la persona. En este sentido, los derechos públicos subjetivos consagran límites negativos y positivos al accionar del Estado ¹⁴.

¹² Ver Casarosa, Dante, "El derecho subjetivo en la Teoría Pura del Derecho", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 22, p. 41, La Paz-Potosí, Bernesi Aires, 2003.

¹³ Ver De Pauw, Juan R., "Derecho subjetivo", en AA.VV., *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 375. Los usos más que propone Kelsen del término derecho subjetivo son: el derecho como equivalente a no prohibido, en el sentido de que en el ordenamiento jurídico una norma que sancione la conducta de que se trata, si tampoco una norma de competencia que permita o prohíba la conducta en cuestión, lo derecho como equivalente a autorización, en el sentido de que existen normas que permiten o autorizan la conducta de que se trata, el derecho como correlativo de una obligación activa, en el sentido de que tener un derecho tiene un significado equivalente al de tener un crédito que describe el deber jurídico de alguien, el derecho como correlativo de obligaciones pasivas, en el sentido de que es el reflejo de una obligación de no hacer, y el derecho público, tanto en el sentido electivo como en el de las garantías constitucionales (De Pauw, J. R., "Derecho...", cit.).

¹⁴ Ver Ermola, Alessi J., *La Eficacia de los Derechos Fundamentales en el Particularista*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 36.

6. Según la óptica de Juan Ramón de Páramo ¹⁵ un derecho subjetivo "...es una prestación o facultad atribuida a un sujeto o a una clase de sujetos frente a otro sujeto o clase de sujetos o quienes se les impone una prestación normativa correlativa. El contenido del derecho subjetivo sería el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto...". El citado autor realiza una clara distinción entre el derecho subjetivo y los mecanismos de tutela: "Una cosa es atribuir un derecho —para ello es suficiente la formulación de una norma—, y otra cosa es disponer de los mecanismos adecuados para su protección. La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere. Hace falta otra norma que instituya mecanismos aptos para prevenir o remediar la transgresión de la primera norma" ¹⁶.

7. En la actualidad, en el marco de la teoría general del derecho, al definir a los derechos fundamentales se recurre a la idea de derecho subjetivo como punto referencial. Desde esta óptica, Luigi Ferrajoli ¹⁷ elabora una definición teórica puramente formal o estructural de los derechos fundamentales en los siguientes términos: "Son *'derechos fundamentales'* todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a *'todos'* los seres humanos en cuanto dotados del status de persona, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por *'derecho subjetivo'* cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscripta a un sujeto por una norma jurídica; y por *'status'* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas".

De la definición expuesta, surgen cuatro tesis en materia de derechos fundamentales. Una de ellas se refiere a las relaciones existentes entre los derechos y las garantías. Es la estructura nomodinámica del derecho moderno la que impone distinguir entre los derechos y sus garantías, en virtud del principio de legalidad como norma de reconocimiento de las normas positivamente existentes. Esto obliga a reconocer que los derechos existen si están normativamente establecidos, así como las garantías constituidas por las obligaciones y las prohibiciones correspondientes también existen, si se encuentran normativamente establecidas. Y esto vale tanto para los derechos de libertad negativos, para los derechos sociales (positivos), así como también, para los establecidos por el derecho internacional ¹⁸.

¹⁵ De Páramo, J. R., "Derecho...", cit., p. 367.

¹⁶ De Páramo, J. R., "Derecho...", cit., p. 368.

¹⁷ Ver Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías (la ley del más débil)*, Trata, Madrid, 1999, p. 37.

¹⁸ Méndez, p. 63.

En un sentido similar al expuesto por Ferrajoli —respecto de adoptar una definición de derecho fundamental desde el prisma del derecho subjetivo— Luis Aguilar de Luque¹⁹ sostiene: “*Los derechos fundamentales constituyen básicamente un derecho subjetivo que deja en manos de su titular un haz de facultades que éste puede actualizar con carácter puntual ante las posibles restricciones que en su ámbito de agere licere se produzcan por vía de intromisión de los poderes públicos*”.

2. El contenido de los derechos subjetivos

8. Respecto del contenido de los derechos subjetivos se plantea un conjunto de facultades en torno a su titularidad: uso y goce, disposición y pretensión²⁰. Aquellos que sean sujetos que pueden jurídicamente reivindicar un derecho subjetivo están habilitados a exigir de los otros determinados comportamientos que pueden derivarse en acciones u omisiones.

9. La primera facultad que atribuye el derecho subjetivo a su titular es el uso y goce. De esta manera, se establece un ámbito de actuación que está a su servicio y dentro del cual puede desarrollarse. En este plano, estamos ante el supuesto de determinación de los alcances del derecho subjetivo; esto es, cuáles son los límites del disfrute del derecho sin que el Estado o los particulares puedan intervenir.

10. La segunda potestad que emerge de la titularización de un derecho subjetivo es la disposición. En esta dimensión, estamos ante la facultad de adoptar decisiones definitivas sobre el ejercicio, conservación, modificación y extinción de un derecho subjetivo dentro de los límites que la regulación jurídica o su propia estructura imponen.

11. La última atribución es la pretensión que tiene por finalidad la intervención de otros sujetos en su proceso de realización. Dicha injerencia puede consistir en el cumplimiento de distintas obligaciones (positivas o negativas) que forman parte de la estructura del derecho subjetivo.

3. La tipología básica de los derechos subjetivos

12. Según el elemento que se adopte, los derechos subjetivos pueden clasificarse: a) según su alcance, en personalísimos y reales; b) según su

¹⁹ Ver Aguilar de Luque, Luis, “Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de datos por el Tribunal Constitucional español”, *Revista de Derecho Político*, núm. 18 y 19, Madrid, 1983, p. 31.

²⁰ Ver Francisco Gallardo A. - De Castro Cis, B., *Lecciones...*, cit., p. 191.

facultades, de libertad, de protección y de modificación (nacimiento y extinción); c) según el sujeto, en privados y públicos; d) según su origen, en fundamentales (existen más allá del ordenamiento) y ordinarios (deben su existencia al orden positivo) ²³.

III. UNA APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS COLECTIVOS

(DESDE LOS DERECHOS SUBJETIVOS)

1. Los distintos elementos del derecho subjetivo permiten, a partir del método de la comparación, analizar cuáles son las similitudes y diferencias entre dicho derecho y los derechos colectivos, a fin de poder empezar a esculpir como mínimo las diferencias entre ambos, y como máximo, las notas características de los derechos colectivos.

2. El primer aporte de los derechos subjetivos consiste en la necesaria separación que existe entre estructura esencial o naturaleza del derecho y su correspondiente protección jurídica. Tanto las teorías clásicas del derecho subjetivo como las teorías actuales de los derechos fundamentales han realizado esta distinción.

El primer paso consiste en determinar cuál es la naturaleza del derecho y posteriormente delinear la correspondiente protección. Un derecho no se define ni se constituye a través del mecanismo de tutela previsto. *Los procesos judiciales que se instauran como garantes de su vigencia son instrumentos auxiliares que ostentan un papel secundario respecto de la naturaleza del derecho.*

En torno a los derechos colectivos es necesario distinguir entre naturaleza y protección. Uno de los principales errores que se cometen, es definir a los derechos colectivos a partir de los contornos que ofrecen los mecanismos de tutela. Esto se profundiza cuando se considera que los derechos colectivos sólo pueden ser garantizados mediante procesos constitucionales. En algunos supuestos, dicha equivocación tiene su origen en una deficiente técnica legislativa, que consiste en introducir a los derechos colectivos dentro de un enunciado normativo que incorpora un proceso constitucional al orden jurídico. *Los derechos colectivos pueden ser tutelados mediante procesos ordinarios o procesos constitucionales, pero estos mecanismos no establecen su naturaleza ni delimitan sus contenidos.*

²³ Ver FERRAZZANO-GARCÍA, A. - De Como Dio, B., *Lecciones...*, cit., p. 298.

3. Los derechos colectivos son derechos fundamentales ²². Esta afirmación implica que: a) existen derechos fundamentales subjetivos y derechos fundamentales colectivos ²³; b) los derechos colectivos deben contar con un elemento que los constituya y los determine ²⁴; c) los derechos colectivos, no son sinónimo de un colectivismo que amasa con los derechos subjetivos ²⁵; d) los derechos colectivos no son equiparables a obligaciones constitucionales que consisten en políticas que dependan de la discrecionalidad del Estado; e) ha quedado superada la antigua trilogía del derecho administrativo consistente en "derecho subjetivo - interés legítimo - interés simple" y su correspondiente gama de protección judicial y administrativa; f) pueden existir colisiones entre derechos subjetivos y derechos colectivos, o bien, entre derechos colectivos que se resolverán en la "dimensión del peso".

4. Los derechos colectivos se caracterizan por la combinación de dos elementos. Por un lado, su forma de titularidad o participación. Por el otro, el objeto preciso del interés en cuestión. Las particularidades de su titularidad determinan que no sea expresado ni pertenecia exclusivamente a una persona en particular o grupo individualizable. Mientras que desde el punto de vista objetivo, hay que valorar el bien que motiva el interés, en la medida en que éste trasciende los valores puramente individuales y está impregnado de un profundo sentido social.

²² Bastardo Guzmán distingue entre derechos fundamentales que descansan sobre normas jurídicas fundamentales, o sea, normas "materialmente constitucionales" (doctrina positivista del derecho y derechos fundamentales que consisten en derechos que no requieren ningún fundamento jurídico positivo, puesto que descansan sobre normas cuya validez es indiscutible, es decir, previa al reconocimiento positivo e independiente de él) (Guzmán, Bastardo, *Doctrinológico*, Galaxia, Madrid, 1999, p. 180).

²³ Antonio E. Pérez Luño sostiene que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que gozan por lo de una tutela reforzada. Se trata de derechos determinados (objetos) y tutelados, cuya determinación depende de su carácter básico del sistema jurídico político del Estado de Derecho (ver Pérez Luño, Antonio E., *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 40).

²⁴ Ver Arfán, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pág. 108.

²⁵ Para consultar las distintas teorías sobre la determinación del contenido de los derechos fundamentales, ver Barasoain, Félix, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003. El autor desarrolla los contenidos procedimentales de las teorías estatales de los derechos fundamentales (la teoría liberal de los derechos fundamentales, la teoría democrática de los derechos fundamentales, la teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social), de las teorías autoritarias de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales (las teorías del contenido esencial de los derechos fundamentales y las teorías internas de los derechos fundamentales) y el principio de proporcionalidad tal cual el autor define.

²⁶ Ver López Casado, Nicolás, *¿Son Derechos Colectivos?*, Ariel, Barcelona, 2008, p. 53 y ss., y Cf. Domínguez, Andrés, "Bienes colectivos, TV y educación: una inabarcable abstracción, una realidad remota", LL, 2001, A-451.

En torno a los derechos colectivos, es posible establecer elementos configuradores de su naturaleza, y a la vez, diferenciadores de los derechos subjetivos, a saber: a) pluralidad de sujetos que disfrutan de un bien; b) una relación existente entre varios sujetos y un objeto por la que se pretende evitar algún perjuicio u obtener algún beneficio; c) un bien cuyo disfrute es colectivo pero que es insusceptible de apropiación individual; o e) un bien susceptible de apropiación exclusiva pero que convive en una situación de identidad fáctica que produce una sumatoria de bienes idénticos ²⁶.

5. En principio algunas de las facultades reconocibles a los derechos subjetivos también son atribuibles a los derechos colectivos con algunos matices. El goce y uso de un bien colectivo es posible, siempre y cuando se tenga en cuenta que no adquiere el mismo sentido que alcanza respecto de los derechos subjetivos. El goce y uso no es individual sino que es compartido con otros sujetos en igualdad de condiciones. Tanto en el ámbito de lo colectivo producto de la suma de subjetividades, así como también, con relación a los bienes objetivamente colectivos, *el uso y goce de un derecho colectivo siempre es concurrente*.

En la potestad de disponer es donde encontramos mayores diferencias entre los derechos subjetivos y los derechos colectivos. Si nos ubicamos en la esfera de la colectividad como agrupación de idénticas subjetividades, el titular tiene una capacidad de disponer sobre su derecho, pero esta decisión no se extiende al resto del colectivo, sino que se limita a su porción subjetiva. En tanto, si nos colocamos en la órbita de los derechos colectivos objetivamente considerados la facultad de disposición individual se desvanece por completo. Sólo es posible que los poderes públicos ejerzan las potestades de conservación o bien de modificación (con el objetivo de procurar una eficaz tutela frente a la amenaza o la concreción de algún daño).

La relación de alienación, en donde se canaliza la facultad de preensión, se proyecta tanto al Estado como a los sujetos particulares. Asimismo, el contenido de la obligación puede tener tanto un carácter positivo como negativo, pero siempre persigue el mismo fin: la conservación del bien colectivo, la plena vigencia del derecho colectivo.

6. La tipología de los derechos colectivos adopta perfiles distintos a la tipología que pueden prohijar los derechos subjetivos.

²⁶ Ver Gál, Damián et. Aldeco, "Los derechos de incidencia colectiva en general", en AA.VV., *La incidencia de la reforma de 1994 en Argentina en el terreno republicano y democrático*, Depalma Buenos Aires, 2000, y "La igualdad constitucional como derecho de incidencia colectiva en general", en *El derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y perspectivas* (Germán L. Biliari Campos y Andrés Gál Domínguez, coords.), Ediar, Buenos Aires, 2000.

El primer criterio que es posible establecer se relaciona con la naturaleza de la fuente del derecho. De esta manera, podemos distinguir entre: a) derechos colectivos constitucionalmente incorporados y b) derechos colectivos infraconstitucionalmente instituidos.

El segundo criterio que puede adoptarse tiene en cuenta la fórmula lexical utilizada. Por ende, es posible encontrar: a) derechos colectivos establecidos de forma expresa por un enunciado normativo, o b) fórmulas lexicales generales que permitan inferir derechos colectivos de manera implícita.

El tercer criterio que puede ser utilizado se refiere al grado de autonomía que ostenta la formulación normativa del derecho colectivo, respecto de los enunciados que establecen mecanismos de protección. Consecuentemente, es posible distinguir entre: a) formulaciones normativas de derechos colectivos autónomas y b) formulaciones de derechos colectivos dependientes o integradas a un enunciado normativo cuyo contenido se refiere a procesos constitucionales o judiciales que procuran la tutela de derechos fundamentales.

IV. A modo de conclusión

De lo expuesto en los puntos precedentes surge con nitidez que los derechos subjetivos y los derechos colectivos son categorías normativas con distintas características que impiden una asimilación automática entre ambos. Los derechos colectivos tienen características propias que forjan una identidad determinada con modalidades y alcances distintos a los que tienen los derechos subjetivos. Es hora de que todos los operadores del sistema jurídico comiencen a percibir estas notables diferencias, para poder darle a los derechos colectivos una real vigencia en torno a su naturaleza, contenido y tipología, así como también, respecto de sus mecanismos de tutela; garantizando de esta manera una ampliación del abanico de los derechos fundamentales y fortaleciendo la sustancialidad de la democracia.