

LOS CONTROVERTIDOS “DERECHOS OPONIBLES”

Eric Millard
Universidad Paris Ouest Nanterre La Défense

1.- En el corazón de París, el canal Saint-Martin es un lugar apreciado por los parisienses y por los turistas, que gustan de pasear por la orilla en compañía de su pareja o de su familia. Hace mucho que los obreros parisienses, caros a Prévert y a Arletty, dejaron el lugar a una población más acomodada. Una mañana invernal de 2006, sin embargo, los paseantes descubrieron sorprendidos que en los muelles del canal, cerca de los cafés, restaurantes y negocios de moda, había una fila impresionante de carpas rojas: una asociación de ayuda a la gente con poco o ningún alojamiento había elegido, para llamar la atención sobre los problemas de vivienda, proporcionar a algunos de los llamados en Francia SDF (“sin domicilio *fijo*”; en realidad, sin domicilio en absoluto) esos refugios generalmente destinados al ocio, e instalarlos a la vista de los conciudadanos-consumidores, como un saludable recordatorio de la pobreza en el momento de las fiestas navideñas, y como un museo abierto de la vida cotidiana de los que no tienen techo. Esta demostración, inteligentemente orquestada y publicitada, que además invadía el espacio público justamente donde – en negación del derecho de propiedad – los *okupas* trataban de instalarse en edificios vacíos, exhibía una reivindicación simple: la del reconocimiento de un derecho a la vivienda *oponible*.

El concepto exacto mencionado por esa expresión no estaba claro para nadie, ni siquiera para los primeros interesados, que no querían otra cosa que un alojamiento decente. El derecho a la vivienda había sido legislativamente reconocido en 1990 (“*Garantizar el derecho a la vivienda constituye un deber de solidaridad para el conjunto de la Nación*”), con efectos prácticos limitados; y el consejo constitucional de 1995 había considerado que el derecho a una vivienda decente era “*un objetivo con valor constitucional*”. Es verosímil que los organizadores de la manifestación del canal Saint-Martin se hubieran inspirado en un oscuro informe elaborado en 2002 por la comisión de alojamiento de personas desfavorecidas (una de esas numerosas instancias consultivas, desprovistas de poder y de representatividad, que los poderes políticos franceses usan siempre para zafar de los problemas difíciles). Según ese informe, el reconocimiento del derecho a la vivienda es insuficiente y “es responsabilidad del Estado crear las condiciones para que se adopten las medidas necesarias cuando la efectivización de ese derecho entre en conflicto con realidades económicas, culturales, psicológicas y políticas”; por lo tanto, debería crearse “una obligación de resultado, jurídicamente oponible”.

Es cierto que la crisis de la vivienda tiene causas múltiples y variadas, entre ellas la especulación inmobiliaria, el déficit de viviendas sociales igualmente distribuidas en el territorio, el temor de los propietarios a contratar alquileres con locatarios que, con razón o sin ella, estiman sobreprotegidos por el derecho; la exigencia de garantías exorbitantes a los candidatos a locatarios, pero también los prejuicios discriminatorios, el desempleo, la ausencia de una política de infraestructura

(transportes, equipamientos colectivos, etc.). Cosas todas estas que la afirmación de un derecho difícilmente puede contener.

Por eso, la imprecisión del concepto de derecho oponible a la vivienda importaba poco: no es posible pedir rigor a un slogan publicitario y la gravedad de la situación podía excusar todas las imperfecciones jurídicas (aunque por otro lado la acción emprendida, incluso la de reivindicación del derecho, fue controvertida por gran parte de las otras asociaciones de defensa de los sin techo). La simplicidad del mensaje, repetido por la prensa y la televisión y luego, forzosamente, por los políticos de toda laya empeñados en la campaña presidencial, contribuyó a hacer popular el movimiento y *evidente* la reivindicación: la solución al problema endémico de la crisis de la vivienda pasaba por la introducción, en el derecho positivo francés, de este derecho a la vivienda oponible a la vivienda, o de un derecho oponible a la vivienda, ya que las dos expresiones se emplearon indistintamente cuando la gente comprendió que se trataba de afirmar la oponibilidad como característica de un derecho en particular. El gobierno se abocó rápidamente a la reforma pedida y consagró ese derecho en la ley. Las carpas se desmontaron y el canal Saint-Martin volvió a la calma.

2.- Aun cuando sienten simpatía por la reivindicación, la mayoría de los juristas se alarmó pronto frente a la imprecisión del concepto propuesto de derecho oponible, ya que con él se abandonaba el campo de la comunicación reivindicativa para entrar en el del discurso político-jurídico. Decir que no fueron oídos es decir poco, aun si eso habla bastante del retroceso de la figura del intelectual en el debate francés.

Una ley, en marzo de 2007, consagró el derecho oponible controvertido; sin embargo, sólo el título de la ley hace referencia a esa extraña noción, pues el artículo primero dispone simplemente que:

“El derecho a una vivienda decente e independiente, mencionado en el artículo 1º de la ley nº 90-449 del 31 de mayo de 1990 y que establece la puesta en práctica del derecho a la vivienda, es garantizado por el Estado a toda persona que, con residencia en territorio francés de manera regular y en las condiciones de permanencia definidas por decreto del Consejo de Estado, no esté en condiciones de acceder a él de manera estable por sus propios medios.

Este derecho se ejerce mediante petición y, en caso necesario, por un recurso contencioso [contra el Estado] en las condiciones y según las modalidades fijadas por [esta ley].”

Entra ellas, la idea que el Estado no indemniza la persona, sino es obligado de pagar diversas somas a un cuento publico dedicado a construir alojamientos. Por otra parte, en los últimos tiempos y sobre el mismo tema el gobierno anuncia un derecho oponible a la guarda de menores, mientras el presidente de la Cruz Roja francesa (y ex ministro) reclama el reconocimiento jurídico de un derecho oponible a la alimentación. Los defectos que los juristas atribuyen a las nociones imprecisas pueden a veces, para ciertos políticos, convertirse en ventajas. Cuando las reivindicaciones están tan mal formuladas que pueden ser formal y aparentemente satisfechas sin demasiado costo, la voluntad del jurista de aclarar y de distinguir parece bastante extraña.

3.- En esta materia, como en muchas otras, el análisis crítico del lenguaje jurídico no es simplemente una herramienta teórica para revelar problemas de concepción técnica o, si se prefiere, dentro de una disciplina homogénea que sería el derecho: si sólo se tratara de eso la cosa no sería tan grave, ya que se admite que el derecho es un objeto políticamente construido, que no existe *a priori*. El análisis crítico del lenguaje jurídico empleado subraya también que esta incoherencia jurídica transmite al mismo tiempo (y sin duda los juristas no supieron hacer comprender esto en el debate francés al que me refiero) un problema de concepción política, que remite a una concepción más profunda de la filosofía política, especialmente en una democracia, y al uso de la palabra “derecho” por esa filosofía.

4.- En función de la filosofía del derecho que uno abrace, es posible, en primer análisis, adelantar una opinión más precisa acerca de la posibilidad de concebir jurídicamente un derecho oponible. Esto bien puede conducir, al mismo tiempo, a suscitar preguntas difíciles, y a que el precio a pagar por concebir el concepto en sí mismo sea demasiado alto en relación con la simple adopción de una posición crítica.

A partir de una metaética cognitivista, se podría adelantar que el derecho a la vivienda existe independientemente de toda “oponibilidad”, cosa que la razón o la revelación nos enseñan, de modo que consagrar su oponibilidad no sería en definitiva más que el medio para incluirlo en el derecho positivo. Se advertiría allí la dialéctica aparentemente clásica entre la existencia de un derecho y su reconocimiento positivo, que las diversas escuelas del derecho natural, antiguas o modernas, explícitas o implícitas, adelantan con finura y complejidad variables. No sé si esas escuelas pretenden que existe un derecho natural a la vivienda, o – en otra formulación, acaso menos radical pero también cognitivista – que es evidente, o justo, que tal derecho deba existir. Advierto, sin embargo, que tales afirmaciones no coincidirían necesariamente con el problema que nos ocupa. En efecto, ordinariamente la dialéctica se establece entre un derecho no reconocido por un sistema jurídico positivo, del cual sin embargo se afirma que existe independientemente de ello, o que debería ser reconocido, y el reconocimiento de ese derecho por una autoridad positiva. Aquí, en cambio, la dialéctica se establece al revés, entre un reconocimiento que se imagina imperfecto, porque no es oponible, y la consagración de la oponibilidad del derecho, o del derecho por su oponibilidad. Una metaética no cognitivista no debería conducir, pues, a concebir la oposición e dos derechos, uno natural, el otro positivo, sino a comparar y a clasificar dos derechos, ambos positivos, en función de su oponibilidad o de su falta de oponibilidad. Esto, por cierto, no es exclusivo de una evaluación del derecho positivo (afirmando que la consagración de un derecho no oponible no es una consagración correcta); pero esta evaluación, me parece, no puede evitar movilizar una teoría de las categorías del propio derecho positivo, aparte de volver superabundante, de manera algo divertida, la referencia a un derecho natural y, por otra parte, a buscar el criterio del derecho positivo no en su fuente sino en su eficacia. Como no soy partidario de una metaética cognitivista, no me arriesgaré a buscar una solución a ese problema aunque el problema y sus soluciones existan.

Por otro lado, una metaética radicalmente crítica podría llevar a reconstruir las representaciones jurídicas a un nominalismo tal que las palabras del derecho no tuvieran jamás significado alguno. Sería vano entonces comprender las palabras “derecho oponible” como si implicaran alguna cosa distinta del establecimiento del hecho de que

la autoridad que lo enuncia a recurrido a esa expresión, por razones que pueden ser diversas (incluso razones de comunicación política); y sería abusivo imaginar que la referencia a un derecho oponible supone, dentro de una categoría más amplia, como la de los derechos, la existencia de una categoría de derechos no oponibles (o incluso que el adjetivo “oponible” designe una forma real de oponibilidad). Debo confesar que soy bastante sensible a una metaética semejante y que mis inclinaciones más inmediatas me llevarían gustosamente a sostener aquella posición. Pero esto, creo, sería sin embargo un error. Por una parte, esta afirmación sin matices llevaría de hecho a negar toda posibilidad de un saber jurídico relativamente autónomo (el análisis crítico del lenguaje no sería sino una declinación regionalizada de la ciencia política, y muy accesoria dentro de la ciencia política); por otra parte, la lógica de una afirmación tal debería impulsarnos a estudiar, no el lenguaje legislativo, sino el lenguaje de aplicación o de concretización, especialmente el lenguaje de las autoridades administrativas y jurisdiccionales (cosa autorizada precisamente por la introducción en el lenguaje legislativo de las consecuencias que la calificación de oponible parece querer designar: *“Este derecho se ejerce mediante petición y, en caso necesario, por un recurso contencioso en las condiciones y según las modalidades fijadas por [esta ley].”* Es más; una afirmación tan radical ignora evidentemente los efectos del lenguaje, y especialmente cuando se trata del lenguaje jurídico, ignora los límites argumentales que el lenguaje crea o recibe: si puede admitirse que efectivamente, desde el punto de vista de la teoría general, la autoridad legislativa es libre del lenguaje que ella emplea, no puede extraerse como consecuencia de tal libertad que ella se ejerza en la práctica en un campo virgen, y que todos los lenguajes posibles se hallen igualmente disponibles. Esta es una cuestión que presupone la relación entre la categoría preexistente de “derechos” y la mencionada por la expresión “derecho oponible”, tanto en la aplicación (autoridades administrativas, jurisdiccionales, etc.) como en la explicación (en especial el análisis crítico del lenguaje jurídico).

5.- Es claro que hay una multitud de concepciones posibles de la categoría “derecho” (*right*). Una de las más simples, pero también de las más claramente utilizables, consiste en ver en el concepto de derecho una manera de decir. No significa nada más (pero nada menos) que el vínculo entre una pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes (si x o y o z se producen) y una pluralidad conjuntiva de consecuencias (entonces, r, s y t – por ejemplo – deben producirse). Esta concepción, propuesta por Ross, me parece la más acorde con la metaética crítica de la que hablaba antes.

Hablar entonces de derecho a la vivienda consiste en afirmar (como prescripción si se trata del legislador, o como hecho: la existencia de una prescripción válida) que hay un vínculo entre uno o varios hechos condicionantes y ciertas consecuencias jurídicas.

En esto, el derecho oponible a la vivienda es una subcategoría del derecho a la vivienda. Hay una serie de hechos condicionantes: una persona que, residiendo en territorio francés de modo regular y en las condiciones de permanencia definidas por decreto del Consejo de Estado, no está en condiciones de acceder por sus propios medios a una vivienda decente, o de mantenerse en ellas, lo que remite otra vez a hechos más numerosos y más precisos: esa persona no dispone de medios financieros para adquirir o alquilar, o seguir alquilando, o seguir pagando, una vivienda tal; ella no puede acceder a una vivienda por razones distintas, no financieras (discapacidad,

víctima de discriminación, etc.); se ve obligada a dejar su vivienda sin tener otra que la reemplace (expulsión por utilidad pública, expulsión temporal para refacciones, etc.) etc., etc. Y aparecen también una serie de consecuencias jurídicas: el Estado debe asegurar que esas personas accedan a una vivienda decente, lo que remite a otras obligaciones más precisas, pero por definir: la consecución pública de viviendas, la modificación de las reglas jurídicas relativas a la financiación de viviendas, la atribución de viviendas, etc.; el otorgamiento de viviendas individualizadas a cambio del costo total o parcial de la vivienda, etc. etc.

La pregunta que se suscita es la siguiente: ¿hay otras subcategorías del derecho a la vivienda? En caso afirmativo, ¿bajo qué condiciones? ¿O bien la subcategoría es única, de modo que todo derecho a la vivienda es oponible; dicho de otro modo, que un pretendido derecho no oponible no es en realidad un derecho?

6.- Desde un punto de vista conceptual y teórico, parece claro que la idea de oponibilidad corresponde en realidad, en una acepción amplia pero común, a la existencia de las consecuencias jurídicas que el concepto de derecho, como manera de decir, vincula a los hechos condicionantes. Esta concepción de la oponibilidad es sumamente clásica y es el argumento inmediatamente esgrimido por la doctrina jurídica francesa: un derecho no oponible, y por tanto sin consecuencia jurídica, no es un derecho, sino en todo caso la afirmación de la legitimidad de ciertas reivindicaciones (por ejemplo, a una vivienda decente, como reclamaban los sin techo del canal Saint-Martin).

Una primera consecuencia, que no siempre se asume, de esta concepción clásica lleva a subrayar que a veces, y aun a menudo, los enunciados jurídicos contienen, bajo el nombre de “derechos”, conceptos vacíos, que no tienen ninguna función realmente jurídica porque están desprovistos de consecuencias legales, y que dependen efectivamente de la simple (pero eficaz) retórica política. Si se admite que desde hace casi 20 años en Francia se ha podido enunciar, afirmar y enseñar la existencia de un derecho (no oponible y, por lo tanto, algo que no es un derecho) a la vivienda, y seguramente desde hace más tiempo aún en lo que se refiere a otras cuestiones: derecho al trabajo, derecho a la no discriminación sexual, étnica, etc., difícilmente pueda sostenerse al mismo tiempo otra serie de ideas preconcebidas acerca del derecho, y particularmente sobre su coherencia, sobre el alcance normativo de sus enunciados, etc.

Una segunda consecuencia es, evidentemente, que tal concepción, que comporta valorar como no derecho un derecho no oponible, permite a los juristas que no comparten una misma metaética coincidir en ello, en realidad porque el argumento es puramente analítico: si por oponibilidad se entiende consecuencia jurídica y por derecho se entiende la técnica que expresa un vínculo entre un hecho condicionante y una consecuencia jurídica, entonces la consecuencia jurídica u oponibilidad es necesaria para la identificación de un derecho y un derecho no oponible no es un derecho.

Esto subraya también los límites de la concepción clásica (sus límites, no su incoherencia): el argumento no es sino analítico y sólo vale para ciertas definiciones.

7.- La identidad entre derecho y derecho oponible permite también guardar silencio acerca de la eficacia del derecho. Esta cuestión permitiría renovar la legitimidad de una subcategoría “derechos oponibles”, que no se confundiera con la categoría “derechos”.

En efecto, sería posible considerar que la oponibilidad designa cierta forma de consecuencia jurídica que garantiza la efectividad del derecho a la vivienda, entendido como el derecho a obtener una vivienda. Esto plantearía sin duda problemas de ponderación con el derecho de propiedad. Pero esto permitiría entonces concebir una distinción entre atribuir una consecuencia jurídica precisa (por ejemplo, el derecho a obtener una vivienda) o alguna otra consecuencia jurídica (por ejemplo, el derecho de obtener un alojamiento compensador o una reparación). Se trata de algo semejante a la diferencia que se observa en el derecho del trabajo entre la posibilidad, para el trabajador víctima de un despido abusivo, de ser reintegrado a su puesto o de obtener una indemnización por despido arbitrario. Si se entiende por oponibilidad la existencia de una consecuencia jurídica, entonces las dos variantes son igualmente derechos oponibles; en cambio, si por oponibilidad se entiende la efectividad del derecho afirmado, sólo la consecuencia que permite el reintegro del trabajador – o la obtención de la vivienda – permite afirmar un derecho oponible a no ser despedido sin justa causa, o a una vivienda decente, ya que la otra consecuencia no permite aseverar que un derecho a la vivienda es en realidad un derecho a obtener una compensación; la vivienda deja de ser una consecuencia jurídica para convertirse, cuando está ausente, en una condición.

Esta distinción plantea a su vez toda una panoplia de preguntas teóricas que no puedo tratar aquí, especialmente en relación con los criterios que consideremos pertinentes para afirmar la existencia de un derecho (sobre todo la condición de efectividad). Hay allí grandes diferencias, incluso en el ámbito de concepciones teóricas próximas entre sí, como las corrientes analíticas y/o realistas. La menciono aquí, sin embargo, porque puede ser útil para preguntarse más adelante por la noción de “derechos oponibles” en ese contexto.

8.- Para volver al contexto, veamos cómo podrá resumirse este asunto.

- a) La ley, desde 1990, consagra (o más bien enuncia) un “derecho a la vivienda”.
- b) Desde 1990, este derecho a la vivienda no ha tenido efectividad notoria, lo que suscita reclamos de una eficacia mayor.
- c) Esos reclamos son acogidos en la afirmación legal de un derecho oponible a la vivienda.
- d) Este derecho oponible a la vivienda, si nos ceñimos estrictamente a las consecuencias previstas por la ley, designa la posibilidad, en caso de que el Estado no lo asegure, de interponer un recurso, especialmente jurisdiccional.

Es tentador considerar que la ley de 1990 no consagraba un derecho oponible, en el sentido de que ella no atribuía consecuencia jurídica alguna a la ausencia de vivienda. Pero ¿es esto tan evidente como parece? Es posible otra lectura, fundada en la distinción que acabo de hacer.

Esta ley, como cualquier ley, podía ser justiciable. Aun en el sistema francés, muy fetichista en relación con la ley escrita, se conocen múltiples ejemplos de interpretación extensiva por las autoridades jurisdiccionales de su propia competencia, o

de justificación fundada en la existencia de principios (tal como el afirmado en 1995 por el consejo constitucional: el derecho a una vivienda decente constituye “*un objetivo con valor constitucional*”). Si además se comparte, como yo comparto, alguna simpatía por el realismo, se considerará incluso que el significado jurídico (la norma) no se establece sino en la aplicación (y por un acto de voluntad del intérprete). El hecho de que la ley no preveía consecuencia en forma directa y explícita no prejuzgaba acerca de la ausencia de consecuencias. Por otro lado, es claro que las autoridades jurisdiccionales, o bien no se han encontrado en condiciones que les permitieran establecer esas consecuencias, o bien no han querido establecerlas. Pero el problema no residía necesaria y simplemente en la ley de 1990. Responder como se respondió en 2007 agregando la posibilidad del recurso contencioso no es entonces tan importante como se dijo. O, si se prefiere, no es la mención explícita de este recurso lo que transforma este derecho en oponible (es decir, lo que hace de él un derecho).

Al contrario, parece que la oponibilidad no se concibe aquí como creadora de la consecuencia jurídica sino como creadora de *una* consecuencia jurídica; es decir para limitar en realidad las consecuencias jurídicas posibles a una sola de ellas.

A partir del fundamento de la ley de 1990, el derecho a la vivienda podía interpretarse sin plantear demasiados problemas sintácticos ni lógicos como algo que beneficiaba a todo individuo y era oponible a todos los justiciables: individuo o colectivo jurídico, colectivo público o colectivo privado. Por ejemplo, habría podido considerarse que una sociedad que adquiriese un inmueble sólo como inversión, y que se negara a renovar el contrato de un locatario para quedar en condiciones de vender el edificio vacío (lo que evidentemente aumenta el precio) pudiera ser demandada por el locatario al fin del contrato; o bien que este locatario fuera preferido, aun mediante un precio inferior, a un inversor que no habitase la vivienda adquirida; etc. Todo esto quedaba facilitado por el reconocimiento del objetivo constitucional, que permitía una conciliación con otros principios y derechos constitucionales, como el derecho de propiedad. Pero la ley de 2007, desde ahora en adelante, no establece el *mismo* derecho como oponible sino frente al Estado.

Es poco verosímil que, mediante simples reformas legislativas, el Estado pueda modificar la oferta privada de viviendas, y el comportamiento de los inversores privados, de manera inmediata, sobre todo cuando tales elementos se hallan exentos desde ahora de todo recurso directo ejercido por locatarios o candidatos notoriamente excluidos, o de personas alojadas en condiciones indecentes. Por otra parte, es poco probable que el Estado pueda y quiera modificar las reglas del mercado en esta materia. Por último, es poco verosímil que el Estado pueda construir y amueblar inmediatamente viviendas decentes para todos los que no las tienen. Eso no podría sino desembocar en juicios que condenaran al Estado a pagar sumas de dinero, pero no a quienes no pueden acceder a una vivienda decente o mantenerse en ella, ya sea directamente (pero ¿de qué modo esas sumas podrían resolver ciertos problemas como la precarización que puede atemorizar al locador, o la discriminación que puede inspirarlo?), sea indirectamente (tomando a su cargo, en condiciones económicas sumamente onerosas, albergues temporarios: en especial habitaciones de hotel), sino a un cuento público. Esto propone problemas políticos, que indico rápidamente y de manera no exhaustiva.

Ante todo, las sumas que el Estado pudiera verse obligado a reservar para garantizar el derecho a la vivienda serían necesariamente desviadas de un uso a largo

plazo, especialmente en la construcción de viviendas sociales y en la extensión de la oferta pública (lo que complacería a los inversores privados al mantener el mercado en tensión limitando la oferta).

Además, y sobre todo, ya que se trata aquí de un verdadero problema de concepción de la libertad política en democracia, hacer el derecho oponible frente al Estado, bajo forma de obligación de resultado o de indemnización, constriñe a hacer de la vivienda una prioridad permanente. Se puede defender esta idea políticamente. Pero también puede admitirse en democracia que existen o podrían surgir otras prioridades, algunas de las cuales podrían tener algún efecto sobre la vivienda (por ejemplo, políticas de redistribución territorial, que desconcentrarán los nudos de vida y de empleo), o podría no tenerlo (por ejemplo, la selección de una mejor política de salud, o de una política a favor de los ancianos, cada vez más numerosos). Claro está que todas esas políticas pueden parecer igualmente deseables. Pero si entre ellas se quiere elegir, o se debe elegir (especialmente por razones presupuestarias), la consagración de este derecho, en condiciones de oponibilidad, será un obstáculo. Es cierto que, en teoría, se puede modificar la ley; pero ¿qué gobierno democrático está dispuesto a proponer la supresión de un derecho?

9.- Ahí está claramente la paradoja: la categoría de los derechos oponibles, o bien es jurídicamente inconcebible (se trata simplemente de derechos) y la expresión sólo tiene una función política, o bien es jurídicamente concebible como especificación de una forma particular de crédito contra el Estado, que produce pesadas consecuencias políticas, desmesuradas en relación con el objetivo perseguido.

Las personas mal alojadas y las carentes de domicilio no han ganado un techo, ni un derecho, con la adopción del concepto de derecho oponible por parte del legislador. Es incluso verosímil que un gobierno liberal haya conseguido una legitimidad a bajo precio, confundiendo una política social de vivienda organizada por el Estado con la simple caridad pública.

Traducido por Pr Ricardo Guibourg, Universidad de Buenos Aires.