

UNIVERSIDAD CATÓLICA SEDES SAPIENTIAE
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



Colisión constitucional entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso, en el sistema jurídico-constitucional peruano.

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR

Alessandro Arfiero

ASESOR

Renzo Martín García Vergara

Lima, Perú

2021

DEDICATORIA

A mis padres, Franco y Lucia, por el apoyo y confianza que me han demostrado.

A Cassandra y Padme, por el amor y comprensión que me han sostenido, siempre.

AGRADECIMIENTOS

Al abogado Mario Miguel Delgado Montaña, mi Maestro de práctica.

A la abogada Roxana Catherine Gonzales Pallamares y al abogado Valerio Segura Baca por sus disponibilidad y profesionalidad.

Al Profesor Juan Antonio García Amado, de la Universidad de León – España, por su visión inspiradora.

RECONOCIMIENTO

A la Universidad Católica Sedes Sapientiae, por el gran apoyo brindado. En particular al Sr. Decano de la FDCP, Dr. Giampiero Gambaro, OFMCAP, y al Jefe de Departamento Académico, Mg. Edgar Odón Cruz Acuña.

A mi estimado asesor de tesis, Mg. Renzo Martín García Vergara.

A los Profesores Raúl Luna Miranda, Juan Antonio Nureña Prado y Gian Battista Fausto Bolis.

A los Profesores de la ciudad de Cusco, Isaac Enrique Castro Cuba Barineza y Juan Alberto Moscoso Yépez.

INDICE

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTOS	3
RECONOCIMIENTO.....	4
RESUMEN	9
ABSTRACT.....	10
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I:	
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	13
1.1 Descripción de la realidad problemática.....	14
1.2 Delimitación de la investigación.....	17
1.2.1 Delimitación espacial.....	17
1.2.2 Delimitación social.	17
1.2.3 Delimitación temporal.	17
1.2.4 Delimitación conceptual.	18
1.3 Problema de investigación	20
1.3.1 Problema general.	20
1.3.2 Problemas específicos.....	20
1.4 Objetivos de la investigación	20
1.4.1 Objetivo general.....	20
1.4.2 Objetivos específicos.	20
1.5 Supuesto y categorías.....	21

1.6 Metodología de la investigación	22
1.6.1 Tipo y nivel de investigación.....	22
1.6.2 Método y diseño de la investigación.....	23
1.6.3 Enfoque de investigación.....	24
1.6.4 Población y muestra de la investigación.....	25
1.6.5 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	26
1.6.6 Justificación, importancia, limitaciones y viabilidad de la investigación.....	27
CAPÍTULO II:	
MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	32
2.1 Antecedentes de la investigación.....	33
2.1.1 Tesis de investigación.....	33
2.1.2 Monografías	34
2.1.3 Artículos Especializados	35
2.2 Bases teóricas.....	40
2.2.1 Preliminares Históricos.....	40
2.2.2 Del Derecho a la Vivienda.....	41
2.2.3 Del Derecho de Propiedad.....	55
2.2.4 Proyectos de Ley.....	72
2.2.5 Programas y proyectos nacionales.....	74
2.2.6 Jurisprudencia Nacional Relevante.....	77
2.2.7 De los Desalojos Forzosos.....	80
2.2.8 De la Colisión de Derechos.....	91

2.2.9 Del Test de Proporcionalidad.....	95
2.2.10 Del Principio de Interpretación Pro Homine (Pro Persona).....	103
2.2.11 Del Derecho Comparado – Los casos de España, Colombia y Argentina.....	104
2.3 Bases legales	109
2.3.1 Internacional	109
2.3.2 Nacional.....	109
2.4 Definición de términos básicos.....	110
CAPÍTULO III:	
PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	116
3.1 Análisis e interpretación de los resultados.....	117
3.1.1 Entrevista a profesionales del Derecho.....	117
3.1.2 Tablas de recolección datos.....	124
3.2 Discusión de los resultados.....	126
3.2.1 Entrevistas.....	126
3.2.2 La condición que genera la colisión del Derecho de Propiedad con el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso.....	127
3.2.3 El Derecho a la Vivienda y su preeminencia sobre el Derecho de Propiedad, en los casos de desalojo forzoso.....	129
3.2.4 La modificación de la Carta Magna vigente en cuanto a la integración del Derecho a la Vivienda.....	132
3.3 Conclusiones.....	135
3.4 Recomendaciones.....	138

3.5 Fuentes de información.....	140
ANEXOS	153
ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	154
ANEXO 2: GUIA DE ENTREVISTA	155
ANEXO 3: PLENO JURISDICCIONAL EXP. N° 00011-2010-PI/TC 156 - TRIBUNAL CONSTITUCIÓN DEL PERÚ.....	156
ANEXO 4: ANTEPROYECTO DE LEY	183

RESUMEN

El presente estudio se fundamenta en la investigación de la colisión constitucional que existe entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso, en el sistema jurídico-constitucional peruano; aunque, el segundo no se encuentra directamente mencionado en la Carta Magna, sino integrado mediante la Cuarta Disposición Final y Transitoria, y los artículos 1° y 3° de la Constitución Política del Estado del 1993. El objetivo es determinar la existencia de la colisión de los mencionados derechos en los casos de desalojo forzoso y, proponer la modificación de la Carta Constitucional vigente mediante la integración expresa del Derecho a la Vivienda. El tipo de investigación utilizado es básico, con un nivel de investigación descriptivo, método analítico-sintético e inductivo, un diseño de investigación no experimental y un enfoque cualitativo. Por lo que concierne la recolección de datos, se ha concretizado mediante el fichaje y entrevista a abogados de la ciudad de Cusco. Como conclusión del presente trabajo investigativo, se puede afirmar que efectivamente existe una colisión a nivel constitucional entre los dos derechos analizados en los casos de desalojo forzoso, por la introducción del Derecho a la Vivienda mediante la Cuarta Disposición Final y Transitoria, y los artículos 1° y 3° de la Constitución Política del Estado del 1993. Por tanto, además de recomendar la integración expresa del Derecho a la Vivienda en la Constitución Política vigente, en continuidad con los mismos principios inspiradores que manifestaba la Carta Magna del año 1979, se sugiere la implementación de políticas de Estado, con el fin de facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada para todos los ciudadanos, en aras de garantizar el bienestar y la paz social.

PALABRAS CLAVES: Derecho de Propiedad; Derecho a la Vivienda; Desalojo Forzoso; y, Colisión de Derechos Constitucionales.

ABSTRACT

The present study is based on the investigation of the constitutional collision that exists between Property Law and the Right to Housing, in cases of forced eviction, in the Peruvian legal-constitutional system; although, the second is not directly mentioned in the Magna Carta, but integrated through the Fourth Final and Transitory Provision, and articles 1 and 3 of the Political Constitution of the State of 1993. The objective is to determine the existence of the collision of the aforementioned rights in cases of forced eviction and, propose the amendment of the current Constitutional Charter through the express integration of the Right to Housing. The type of research used is basic, with a descriptive level of research, an analytical-synthetic and inductive method, a non-experimental research design and a qualitative approach. As regards data collection, it has been specified through the transfer and interview of lawyers from the city of Cusco. In conclusion of the present investigative work, it can be affirmed that there is indeed a collision at the constitutional level between the two rights analyzed in cases of forced eviction, due to the introduction of the Right to Housing through the Fourth Final and Transitory Provision, and articles 1 ° and 3° of the Political Constitution of the State of 1993. Therefore, in addition to recommending the express integration of the Right to Housing in the current Political Constitution, in continuity with the same inspiring principles that manifested the Magna Carta of the year 1979, it suggests the implementation of State policies, in order to facilitate access to decent and adequate housing for all citizens, in order to guarantee welfare and social peace.

KEY WORDS: Property Law; Right to Housing, Forced Eviction and Collision of Constitutional Rights.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se basa en el análisis lógico - jurídico de la colisión constitucional que existe entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso, en el sistema jurídico-constitucional peruano. En efecto, se concentra en el estudio y observación de normas de rango constitucional que son plasmadas directamente en la Carta Magna, como el Derecho de Propiedad; o, integrados por la ratificación de Tratados, Declaraciones y Acuerdos Internacionales que establecen Derechos Humanos, como el Derecho a la Vivienda.

Si bien es cierto que, en la Constitución vigente, el Derecho a la Vivienda no se encuentra mencionado, su introducción se debe a la ratificación de documentos internacionales e integrados en la legislación nacional mediante la Cuarta Disposición Final y Transitoria y los artículos 1° y 3° de la Constitución Política del Estado del 1993. Se considera oportuno el desarrollo del presente trabajo para verificar la existencia de una colisión constitucional entre los dos derechos objeto de estudio, en los casos de desalojo forzoso, en el sistema jurídico-constitucional nacional, sus razones y consecuencias, con la finalidad de contribuir a dilucidar algunos vacíos o defectos normativos, y mejorar los alcances de aplicación de las normas correspondientes.

La carencia de antecedentes de estudios profundizados a nivel nacional; el tamaño de la muestra limitado principalmente al acceso de información virtual de páginas oficiales de instituciones y autores debidamente reconocidos y seleccionados; la dificultad de contar con el apoyo de profesionales en el Derecho; y, los escasos recursos económicos, han sido las limitaciones encontradas durante el desarrollo del presente estudio. Sin embargo, se han reunido todos aquellos elementos de factibilidad para que éste sea viable.

En el Capítulo I, explicaré distintos aspectos investigativos como la descripción de la realidad problemática y la delimitación de la investigación, identificando los problemas de investigación, principal y secundarios, y sus objetivos (principal y específicos). Se delinearán los supuestos de la investigación, sus categorías y sub categorías. Además, se indicará la metodología de la investigación, que será de tipo básica, de nivel descriptivo, de método analítico – sintético e inductivo, con un diseño de investigación no experimental y un enfoque cualitativo. Y, se especificará la población y muestra, las técnicas e instrumentos de recolección

de datos; en fin, se argumentará la justificación, importancia, limitaciones y viabilidad de la investigación.

En el Capítulo II, referido al marco teórico, se presentarán los antecedentes de la investigación; las bases teóricas, cuyos conceptos son inherentes a la problemática investigada y coherentes a las bases legales oportunamente señaladas; y, la definición de los términos básicos empleados.

En fin, en el Capítulo III, se desarrollará la presentación, análisis e interpretación de los resultados de la presente investigación, incluyendo sus debidas conclusiones y recomendaciones.

Por las argumentaciones aportadas, en el ámbito de los estudios del Derecho y de la Doctrina Constitucional, se configura la denominada colisión de derechos constitucionales, condición que pone en riesgo la seguridad jurídica del mismo sistema legal peruano. El tema del desalojo forzoso conlleva otros problemas colaterales a partir de su consecución; en efecto, no existe una política nacional dirigida a resolver la condición que corren aquellas personas que sufren los efectos del desalojo forzoso, sea por parte del propio Estado, o de particulares, sobre todo como consecuencia de acciones extralegales, dejando al *mercado* la solución del problema habitacional, con las consecuencias que se evidencian todos los días en el territorio nacional. Sin perjudicar el Derecho de Propiedad, es necesario que el Estado busque una solución concreta al problema de garantizar, en forma homogénea, una vivienda digna a toda la población, más aun, cuando son objeto de desalojo forzoso, limitando los efectos sociales y económicos que conlleva. Por ello, considero necesario enfocar el tema de investigación, no solamente desde la perspectiva de la legislación nacional, empezando desde la propia Constitución Política del Estado; sino también, a nivel internacional, examinando los Tratados, Declaraciones y Acuerdos sobre los Derechos Humanos de alcance universal; como también, la legislación comparada de otros países, para comprender los enfoques jurídicos que se han activado en otras realidades.

CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática.

Entre los diferentes problemas que afecta la sociedad contemporánea, se encuentra la falta de vivienda propia, que es foco de conflictos y tensiones sociales, de los cuales, Perú, no se encuentra exento. Frente a dicho fenómeno social, los Estados implementan políticas aptas a calmar o solucionar los efectos colaterales que origina. Por ejemplo, el Estado Peruano ha planteado soluciones a este problema, con medidas que deberían fomentar la adquisición de viviendas, como el caso del programa “Fondo MiVivienda”, que los varios gobiernos nacionales impulsan desde hace unos años, con resultados pocos eficaces.

En efecto, la política pública ha tratado de dar una respuesta por el lado de la oferta, sin considerar la necesidad de dirigir dichas políticas públicas por el lado de la demanda, o sea, fomentando proyectos de construcciones públicas al alcance del poder adquisitivo de los sectores sociales más débiles, dejando que sea el *mercado* a solucionar el problema de la vivienda, contradiciendo el espíritu constitucional de implementar una economía social de mercado en el país, como queda indicado en los arts. 58° y ss., de la Carta Magna vigente.

Bajo estos términos, el Estado Peruano, en un hecho que merece explicación, ha dejado de lado normar la protección constitucional del derecho a tener una vivienda digna, al no incorporarlo en la actual Constitución Política, como sí lo contenía la Constitución Política de 1979 en sus artículos 10° y 18° delineando, en definitiva, un retroceso o peor aún, una involución respecto de la protección de los Derechos Humanos. Sin embargo, a través de los artículos 1°, 3° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna vigente, se integran aquellos Tratados, Declaraciones o Acuerdos Internacionales que protegen los Derechos Humanos fundamentales, como el Derecho a la Vivienda. Dentro de dichos documentos, se encuentran la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; la Observación General N° 7 sobre el Derecho a una Vivienda Adecuada del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 1997; la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948 y, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, solo para citar los documentos internacionales más relevantes.

En cambio, en ámbito nacional, ha quedado la idea equivocada que el derecho a tener una vivienda digna y adecuada, sea parte integrante del Derecho de Propiedad. El mismo Tribunal

Constitucional ha tenido que zanjar dicha postura dogmática, mediante la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del caso identificado con Expediente N° 00011-2010-PI/TC.

Como se puede observar, se suscita una marcada confrontación entre los dos derechos investigados, evidenciada en particular modo, en los casos de desalojo forzoso, lo que configura una colisión entre dos derechos de rango constitucional.

Es menester mencionar que, el Derecho a la Vivienda debe ser garantizado bajo el principio de interpretación Pro Homine que, en todo caso, debe ser valorado dentro el Test de Proporcionalidad, en la solución de los problemas generados como consecuencia de los desalojos forzosos, cuya finalidad de éstos no siempre es de naturaleza habitacional, sino también, originados por cuestiones relacionadas a temas de protección del medio ambiente, conservaciones del patrimonio cultural, proyectos mineros, industriales, comerciales y recreacionales, solamente para citar algunos, incluyendo aquellos desalojos de carácter masivos, que acentúan los efectos sociales en una determinada comunidad.

La debilidad de las políticas estatales hacia la concretización de proyectos habitacionales públicos es aprovechada por personas sin escrúpulo, que se benefician de la necesidad de los individuos de contar con una vivienda estable, digna y adecuada. En Perú, este fenómeno es muy evidente, debido a la falta crónica de acceso homogéneo, para toda la población, a una vivienda digna y decorosa, causada por factores socio – económicos, procurando la invasión y/o el tráfico de terrenos o de viviendas.

Dicha situación, evidencia como exista una real discriminación entre aquellos sujetos que tienen suficiente poder económico para adquirir un terreno o una vivienda de calidad, y aquellos que se encuentran excluidos a obtener una vivienda digna, debido a sus limitados recursos económicos, quebrando totalmente un derecho fundamental que el Estado debería proteger. Condición que genera una espiral viciosa, que desemboca periódicamente en desalojos forzosos, conflictos sociales y sufrimiento en la población.

Entonces, es evidente, que el Estado no obstante ostente un Ministerio de Vivienda y, a lo largo de los años, haya impulsado programas que fomentan el acceso a una vivienda propia y digna, como el “Fondo MiVivienda”, manifiesta su total ineficacia e impotencia ante la necesidad de garantizar a sus ciudadanos un derecho fundamental de carácter trascendente,

dejando totalmente dicha responsabilidad a los mecanismos del mercado que, como es lógico, favorecen a los sectores económicos dominantes.

La inclusión expresa en la Carta Magna del Derecho a la Vivienda, su consiguiente protección e la implementación de políticas habitacionales eficaces, pueden conllevar efectos disuasivos que desalienten a especular sobre la necesidad de la población de adquirir una vivienda propia y digna; más bien, pueden alimentar la confianza en las instituciones públicas en la protección de un derecho de rango constitucional, lo que generaría un círculo virtuoso que evitaría la necesidad de ocupar terrenos no autorizados para vivir y, consecuentemente, prevenir actos extremos como los desalojos forzosos y sus efectos negativos en la sociedad.

Consecuentemente, la finalidad de este trabajo de investigación es presentar un estudio sobre la colisión que existe entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en cuanto, como aquí argumentado, ambos de rango constitucional, en los casos de desalojo forzoso; hecho que conlleva la comprensión de la afectación a la dignidad humana y bienestar de la sociedad en su conjunto, que se encuentra vulnerable ante la debilidad de la legislación y voluntad política nacional.

Además, se quiere contribuir a una integración de la Carta Magna vigente, para fortalecer la protección del Derecho a la Vivienda en general, sobre todo, en los casos de desalojo forzoso; o, en su defecto, contribuir a profundizar los estudios planteados, alimentar el debate sobre el tema, y solicitar otros investigadores para que prosigan el trabajo elaborado.

Resulta oportuno mencionar que, durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, en fecha 13 de septiembre del año 2018, el congresista Mártires Lizana Santos, en representación de otros congresistas signatarios, ha presentado el Proyecto de Ley N° 3371/2018 – CR, con el cual solicita la incorporación en la Constitución Política del Perú, del derecho fundamental de las personas a la vivienda digna y adecuada, en línea con los fundamentos factico – jurídicos argumentados en el presente trabajo de investigación. Con el mismo objetivo, en fecha 18 de septiembre del año 2018, el congresista Lucio Ávila Rojas, en representación de otros congresistas signatarios, ha presentado el Proyecto de Ley N° 3395/2018 – CR; mediante el cual, además, se quiere promover programas públicos y privados y su debido financiamiento para concretizar el aludido derecho, en línea con los fundamentos factico – jurídicos argumentados en el presente trabajo de investigación. También en fecha 07

de noviembre del año 2018, la congresista Marisa Glave Remy, en representación de otros congresistas signatarios, ha presentado el Proyecto de Ley N° 3609/2018 – CR; la congresista solicita la incorporación en la Constitución Política del Perú, del Derecho a la Vivienda digna y adecuada, en línea con los fundamentos factico – jurídicos argumentados en el presente trabajo de investigación. En fin, el Proyecto de Ley N°3875/2018 – CR, de fecha 31 de enero del 2019, presentado por la congresista Mercedes Rosalba Aráoz Fernández, en relación a la propuesta de establecer la garantía quinquenal, menciona y argumenta en el párrafo VII, la necesidad de proteger el Derecho a la Vivienda digna, en concordancia con el planteamiento factico – jurídico argumentado en la presente investigación.

1.2 Delimitación de la investigación.

1.2.1 Delimitación espacial.

La presente investigación se ha realizado en la ciudad de Cusco.

1.2.2 Delimitación social.

El presente estudio tiene como problemática el análisis de la colisión de dos derechos constitucionales, el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda en el sistema jurídico-constitucional peruano, en los casos de desalojo forzoso. Entonces, se considera dicha colisión solamente en el ámbito de los desalojos forzosos, para enfatizar la naturaleza de ambos derechos y evitar ampliar la problemática a situaciones debidamente normadas por la legislación vigente. Por su carácter eminentemente técnico – jurídico, es necesaria la opinión de profesionales especialistas, mediante entrevista, por la trascendencia del impacto social de una colisión entre derechos de rango constitucional.

1.2.3 Delimitación temporal.

El periodo que comprende la presente investigación va desde el mes de enero del año 2018, hasta el mes de diciembre 2019.

1.2.4 Delimitación conceptual.

Como refiere Barceló (1993), el concepto de Derecho de Propiedad, y su discusión, remonta a la Antigua Grecia, en particular a las figuras emblemáticas de Platón, quien con su obra “*La Republica*”, distingue la propiedad privada y la propiedad comunal; y, por otro lado, Aristóteles, con su obra “*Política*” sostuvo la propiedad privada en concordancia con los beneficios comunitarios.

Sobre las bases planteadas por los filósofos de la Antigua Grecia, en la Antigua Roma se pueden distinguir los conceptos positivistas del Derecho de Propiedad delineados por Marco Tulio Cicerón, y la aportación de Justiniano en los “*Digestas*”, donde separa el concepto de propiedad, como la posesión que un individuo ostenta sobre una cosa (*res*); y, el derecho que el individuo ejerce sobre dicha cosa (*dominium*).

Según afirma Toyama (1997), en edad moderna, John Locke, reconocido padre del liberalismo, reconoce el Derecho de Propiedad como uno real y, uno genérico, que comprende las acciones, las libertades, la vida, el cuerpo, en fin, todos los derechos del hombre.

Sucesivamente, como menciona Barceló (1993), la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, presenta el Derecho de Propiedad como uno natural e imprescriptible del hombre; sin embargo, reconoce que todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos (incluido el Derecho de Propiedad).

Como indica Atienza (1983), la crítica más relevante al Derecho de Propiedad es presentada por los filósofos alemanes Carlos Marx y Friedrich Engels, en la obra “*La ideología alemana*” del año 1845, con la cual plantean la abolición de la división social del trabajo y de la propiedad privada como condición necesaria para que el hombre alcance su felicidad dentro una sociedad comunista.

El concepto de Derecho a la Vivienda aparece recién en el año 1948, gracias a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas; y, paralelamente, a través de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 1948, los cuales inspiraron sucesivos documentos internacionales que, en modo univoco, reconocieron el derecho a gozar de una vivienda digna y decorosa como uno fundamental e inherente a la dignidad del hombre.

En el mencionado marco factico, diferentes autores e instituciones han analizado y evidenciado la realidad habitacional del país; la convivencia de los dos derechos de rango constitucional objeto de estudio; y, la necesidad de proteger aquel de vivienda en los casos de desalojo forzoso. Entre dichos autores se señalan:

- Quispe (2005), con su artículo especializado titulado “*El problema de la vivienda en Perú: retos y perspectivas*”; quien pone el acento sobre el déficit cualitativo de viviendas en el Perú y la dificultad que la población encuentra en acceder a recursos financieros debido a la inestabilidad laboral.
- COHRE (2006), con el artículo especializado titulado “*Desalojos en América Latina: los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Perú*”, indica la necesidad de que los gobiernos nacionales prevengan el uso de los desalojos forzosos implementando políticas públicas eficaces respecto al acceso a una vivienda digna para la población.
- García (2007), con el trabajo monográfico titulado “*El problema de vivienda en Perú; una necesidad básica insatisfecha*”; quien, datos a la mano, lanza una señal de alarma sobre el déficit habitacional, presente y futuro en el Perú y el peligro de continuas invasiones de terrenos debido a la necesidad de contar con un hogar.
- Golay y Özden (2007), en la publicación “*El Derecho a la Vivienda*”, dentro el Programa Derechos Humanos del Centro Europa - Tercer Mundo - CETIM, sostienen que la práctica de los desalojos forzosos sigue vigente; y que, solamente en el periodo 2003-2006, en el mundo se han desalojado forzosamente más de cuatro millones de individuos.
- ACNUDH (2014), en su Folleto Informativo N° 25 titulado “*Desalojos forzosos*”, afirma que las autoridades nacionales deben aplicar aquellas normas que protegen los Derechos Humanos, sobre todo en los casos de desalojo forzoso porque, dicha práctica, conlleva el abuso de varios derechos.

1.3 Problema de investigación.

1.3.1 Problema general.

¿Existe colisión constitucional entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso, en el sistema jurídico – constitucional peruano?

1.3.2 Problemas específicos.

A. ¿Cuál es la condición que genera la colisión del Derecho de Propiedad con el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso?

B. ¿El Derecho a la Vivienda tiene preeminencia sobre el Derecho de Propiedad, en los casos de desalojo forzoso?

C. ¿Es oportuna una modificación de la Carta Magna vigente en cuanto a la integración del Derecho a la Vivienda?

1.4 Objetivos de la investigación.

1.4.1 Objetivo general.

Determinar si existe colisión constitucional entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso, en el sistema jurídico – constitucional peruano.

1.4.2 Objetivos específicos.

A. Determinar cuál es la condición que genera la colisión del Derecho de Propiedad con el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso.

B. Determinar si el Derecho a la Vivienda tiene preeminencia sobre el Derecho de Propiedad, en los casos de desalojo forzoso.

C. Identificar si es necesaria una modificación de la Carta Magna vigente en cuanto a la integración del Derecho a la Vivienda.

1.5 Supuesto y categorías.

<i>Supuesto</i>	<i>Categorías</i>	<i>Definición conceptual</i>	<i>Subcategorías</i>	<i>Definición conceptual</i>
<p>Existe colisión constitucional entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso, en el sistema jurídico-constitucional peruano, por la introducción en la legislación nacional del Derecho a la Vivienda mediante los artículos 1°, 3° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado del 1993.</p>	<p><i>Derecho de Propiedad</i></p>	<p><i>Poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer del mismo, sin más limitaciones que las que imponga la ley. Es el derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien.</i></p>	<p><i>Naturaleza Jurídica</i></p>	<p><i>Se refiere a su origen, desarrollo histórico, caracteres, facultades, función social, limitaciones y restricciones legales.</i></p>
			<p><i>Regulación Normativa</i></p>	<p><i>Se refiere al conjunto de normas jurídicas nacionales e internacionales que establecen su alcance legal.</i></p>
	<p><i>Derecho a la Vivienda</i></p>	<p><i>El derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad.</i></p>	<p><i>Fundamentos</i></p>	<p><i>Se refiere a su carácter universal e inherente a la dignidad humana que lo convierte en un Derecho Humano</i></p>
			<p><i>Contenidos</i></p>	<p><i>Se refiere a las características y garantías trazadas por los organismos internacionales, en primis, la ONU</i></p>
			<p><i>Alcances</i></p>	<p><i>Se refiere a la relación que el Derecho a la Vivienda tiene con otros Derechos Humanos (vida, salud, etc.), por ser inherente a la dignidad humana.</i></p>
	<p><i>Desalojo Forzoso</i></p>	<p><i>El hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole, y ni permitirles su acceso a ellos.</i></p>	<p><i>Regulación Normativa</i></p>	<p><i>Se refiere a los lineamientos normativos que identifican la ejecución de un desalojo forzoso y que guardan estrecha relación con la protección y garantías de los Derechos Humanos de los afectados.</i></p>

1.6 Metodología de la investigación.

1.6.1 Tipo y nivel de investigación.

a) Tipo de investigación.

El tipo de investigación adoptado es básico, en cuanto tiene como propósito recoger y recopilar información teórica, con la finalidad de aportar nuevos conocimientos científicos para descubrir principios y leyes.

La investigación básica, según Tamayo (2002) “se apoya dentro de un contexto teórico y su propósito fundamental es el de desarrollar teoría mediante el descubrimiento de amplias generalizaciones o principios” (p.42).

El desarrollo del presente trabajo de investigación pone en evidencia la problemática que se origina por la colisión constitucional entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso, en el sistema jurídico – constitucional peruano, debido a la integración indirecta de este último mediante los arts. 1º, 3º y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Constitucional vigente, que recoge los documentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado peruano, que reconocen el Derecho a la Vivienda como uno fundamental e inherente a la dignidad humana.

b) Nivel de investigación.

De acuerdo a la naturaleza del presente trabajo de investigación, en cuanto a su nivel, se reúnen las características de un estudio descriptivo. En efecto, Hernández, Fernández y Baptista (2014), afirman que “con los estudios descriptivos se busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis” (p.92).

Consecuentemente, el nivel descriptivo responde al propósito del presente trabajo de investigación de describir la realidad problemática suscitada por la colisión constitucional de los dos derechos objeto de estudio en los casos de desalojo forzoso.

1.6.2 Método y diseño de la investigación.

a) Método de investigación.

- **Analítico – Sintético:** El presente método ha sido utilizado para realizar el análisis de los resultados teóricos y la consecuente elaboración de las conclusiones. En práctica, se ha aplicado un análisis de cada uno de los elementos que caracterizan la problemática objeto de investigación y, se ha elaborado una síntesis, para llegar a una comprensión global de la problemática en forma concreta y real, a través de la formulación de un proyecto de ley dirigido a modificar la Carta Constitucional vigente y las consecuentes recomendaciones.

Al respecto, Rodríguez y Pérez (2017) señalan que:

Este método se refiere a dos procesos intelectuales inversos que operan en unidad: el análisis y la síntesis. El análisis es un procedimiento lógico que posibilita descomponer mentalmente un todo en sus partes y cualidades, en sus múltiples relaciones, propiedades y componentes. Permite estudiar el comportamiento de cada parte. La síntesis es la operación inversa, que establece mentalmente la unión o combinación de las partes previamente analizadas y posibilita descubrir relaciones y características generales entre los elementos de la realidad. (pp.8-9)

- **Método Inductivo:** Método científico mediante el cual es posible obtener conclusiones generales a partir de premisas particulares. Es un método científico caracterizado por cuatro pasos esenciales: el análisis de los datos para su registro; la clasificación y el estudio de los mismos datos; la derivación inductiva que parte de los datos y permite llegar a una generalización y, la contrastación.

Francis Bacon, padre del método inductivo, sostenía que desde la observación de fenómenos particulares de la naturaleza se podían obtener datos específicos para elaborar las correspondientes generalizaciones (Rodríguez y Pérez, 2017).

En efecto, complementariamente al método analítico – sintético, se ha utilizado el método inductivo mediante el cual se ha observado, analizado y clasificado los elementos que caracterizan la problemática objeto de investigación en el presente trabajo, para llegar

al debido planteamiento de una solución que guarde coherencia con la argumentación lógico – jurídica, aplicable en forma general a todos los casos donde se verifique la referida colisión constitucional.

b) Diseño de investigación.

Se ha aplicado un diseño de investigación no experimental - transversal. Según Hernández et al. (2014), se define como “estudios que se realizan sin la manipulación deliberada de variables y en los que sólo se observan los fenómenos en su ambiente natural para analizarlos” (p.152).

En efecto, no se han modificado las categorías, como también las sub categorías objeto de estudio; más bien, se han observado los fenómenos encontrados a lo largo de la investigación, para posteriormente efectuar un análisis global de ellos.

Además, se es de carácter transversal en cuanto la recolección de los datos se ha realizado en un solo momento.

1.6.3 Enfoque de investigación.

Para el desarrollo del presente trabajo, se ha utilizado el enfoque cualitativo, en cuanto se ha utilizado la recolección de datos, sin elaborar ninguna medición numérica, para plantear la problemática objeto de investigación; y, se ha elaborado la correspondiente interpretación del tema investigado. Al respecto, Monje (2011) afirma que:

La investigación cualitativa por su parte, se nutre epistemológicamente de la hermenéutica, la fenomenología y el interaccionismo simbólico. El pensamiento hermenéutico parte del supuesto que los actores sociales no son meros objetos de estudio como si fuesen cosas, sino que también significan, hablan, son reflexivos. (...) Se interesa por la necesidad de comprender el significado de los fenómenos y no solamente de explicarlos en términos de causalidad. Da prioridad a la comprensión y al sentido, en un procedimiento que tiene en cuenta las intenciones, las motivaciones, las expectativas, las razones, las creencias de los individuos. (p.12)

Con respecto a la relación sujeto - objeto que caracteriza la investigación cualitativa se ha considerado la interacción que existe entre el aspecto dogmático – jurídico de la problemática observada y las consecuencias en ámbito social.

Además, se ha recolectado y analizado la correspondiente información, manteniendo la debida objetividad para garantizar una interpretación neutral, práctica y coherente con la realidad social, otorgando al presente trabajo de investigación una cualidad científica.

Por tanto, el análisis del presente estudio ha sido abordado recolectando los datos y, consecuentemente, describiendo la realidad social, la cual manifiesta los conflictos relativos a dicha colisión, en forma imparcial, infiriendo las correspondientes conclusiones y recomendaciones de carácter subjetivo.

1.6.4 Población y muestra de la investigación.

a) Población.

En el presente caso objeto de análisis, la población o universo es representado por el conjunto de normas y documentos internacionales y nacionales que regulan jurídicamente el Derecho de Propiedad, el Derecho a la Vivienda y el desalojo forzoso.

La población o universo, se define, según Lepkowski como “conjunto de todos los casos que concuerdan con determinadas especificaciones” (Hernández et al., 2014, p.174).

b) Muestra.

La muestra se define como “subgrupo del universo o población del cual se recolectan los datos y que debe ser representativo de ésta” (Hernández et al., 2014, p.173).

En la presente investigación la muestra se llegó a determinar mediante el muestreo no probabilístico y por conveniencia, la misma que es representada por el conjunto normativo de carácter nacional que incluye la Constitución Política del Estado, el Código Civil, la correspondiente jurisprudencia y normas pertinentes, relacionados a las categorías objeto del presente estudio.

1.6.5 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

a) Técnicas. Para realizar el acopio de información relevante y objetiva, que contribuya al tema de investigación, se han utilizado las siguientes técnicas:

- **Fichaje:** Recopilación de información secundaria y análisis documental para registrar la indagación de bases teóricas y legales del estudio. Al respecto, como afirman Gallardo de Parada y Moreno (1999):

La información secundaria. Es aquella que el investigador recoge a partir de investigaciones ya hechas por otros investigadores con propósitos diferentes. La información secundaria existe antes de que el investigador plantee su hipótesis, y por lo general, nunca se entra en contacto directo con el objeto de estudio. (p.28)

- **Opinión de expertos mediante entrevista con preguntas abiertas:** A tal propósito, Sabino (1992) indica que “en esencia consiste en una interacción entre dos personas, una de las cuales el investigador formula determinadas preguntas relativas al tema en investigación, mientras la otra el investigado proporciona verbalmente o por escrito la información que le es solicitada” (p.115).
- **Tabulación:** Citando nuevamente Sabino (1992), “la palabra tabulación deriva etimológicamente del latín tabula, y significa hacer tablas, listados de datos que los muestren agrupados y contabilizados” (p.141).

b) Instrumentos. Un instrumento de recolección de datos, según Sabino (1992) es “en principio, cualquier recurso de que se vale el investigador para acercarse a los fenómenos y extraer de ellos información” (p.113).

Para realizar la recolección de datos, que contribuya al tema de investigación se han utilizado los siguientes instrumentos:

- Recopilación y análisis de datos.
- Entrevista no estructurada, aplicada a abogados de la ciudad de Cusco.

1.6.6 Justificación, importancia, limitaciones y viabilidad de la investigación.

a) **Justificación.** El presente trabajo de investigación se justifica por las siguientes razones:

- **Justificación teórica**

El presente estudio contiene un importante aporte teórico, en cuanto lo que se espera de su resultado, obtenido por la inferencia de las normas constitucionales e infra constitucionales, sustantivas y procesales, no solo de índole nacional sino también internacional, es lograr el reconocimiento expreso en la Constitución Política del Estado del Derecho a la Vivienda; y, consecuentemente, analizar si existe un conflicto constitucional entre éste y el Derecho de Propiedad, sus razones y consecuencias; y, plantear su correspondiente preeminencia en los casos de desalojo forzoso, en concordancia con el principio de interpretación Pro Homine y, en aplicación del Test de Proporcionalidad.

- **Justificación practica**

El presente trabajo de investigación cuestiona la existencia de una colisión constitucional entre los dos derechos fundamentales investigados en los casos de desalojo forzoso, en el sistema jurídico – constitucional peruano. Dicha situación normativa se refleja en la realidad nacional mediante los conflictos sociales que se desatan a causa de los distintos intereses que, al respecto, se reclaman. Lo que se busca con la presente investigación es contribuir a concientizar a los entes públicos y privados, sobre los alcances del reconocimiento y protección del derecho a una vivienda digna y adecuada en forma ordenada y legal, en armonía con el Derecho de Propiedad, sea público o privado. Asimismo, buscar construir una propuesta para incorporar directa y expresamente el Derecho a la Vivienda en la actual Carta Constitucional, con la finalidad de implementar las correspondientes políticas de Estado que prevengan aquellos actos extremos como la invasión de bienes inmuebles públicos y/o privado o el desalojo forzoso.

- **Justificación metodológica**

La elaboración de un proyecto de ley que integre el Derecho a la Vivienda en la Carta Magna vigente puede motivar otros investigadores a revisar y aportar otras opiniones críticas a la mencionada Carta Magna para que se ajuste a la realidad nacional y se enfoque hacia la

solución de distintos problemas sociales. Además, los resultados de la presente investigación pueden motivar y aportar información para estudios jurídicos posteriores.

- **Justificación legal**

El presente trabajo de investigación está sustentado en el estudio de los siguientes Tratados, Declaraciones y Acuerdos Internacionales y normas legales nacionales:

- Artículos 17° y 25.1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948;
- Artículo 11.1° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966;
- Los Párrafos 1°, 3°, 6°, 16°, 17° y 18° de la Observación General N° 4 del 1991 sobre el Derecho a una Vivienda Adecuada del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas;
- Artículo 34° de la Carta de la Organización de los Estados Americanos;
- El art. 11° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- Folleto Informativo N° 21/Rev.1 (2010) - El Derecho a una Vivienda Adecuada de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos;
- Los arts. 2°, 10°, 18°, 124°, 125° y 126° de la Constitución Política del Estado Peruano del año 1979;
- Los arts. 1°, 2°, 3°, 70°, 88°, 195° y, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado Peruano del año 1993;
- Artículo 923° del Código Civil.
- Y las demás normas pertinentes.

b) Importancia de la investigación.

Es importante realizar esta investigación sobre la colisión constitucional entre los dos derechos objeto de estudio, en los casos de desalojo forzoso, en el sistema jurídico-constitucional peruano. Se trata de un problema que amerita el interés por parte del Estado para que se elabore una adecuada solución a los vacíos, lagunas y defectos de la Ley, a partir de la misma Constitución Política, para resolver los problemas sociales y económicos que generan la falta de oportunidad homogénea de acceder a una vivienda digna y decorosa para toda la población; y, consecuentemente, prevenir los casos de desalojo forzoso.

En efecto, en concordancia con la normativa nacional e internacional, así como, los lineamientos trazados por el Tribunal Constitucional en su Sentencia del Pleno Jurisdiccional del caso identificado con Expediente N° 00011-2010-PI/TC, a nivel legislativo, se han presentado cuatro Proyectos de Ley dirigidos a reconocer el Derecho a la Vivienda como uno de rango constitucional. El primero, el Proyecto de Ley N° 3371/2018 – CR de fecha 13 de septiembre del año 2018, solicitado por el congresista Mártires Lizana Santos, en representación de otros congresistas signatarios, pide la incorporación constitucional del derecho fundamental a una vivienda digna y adecuada. El segundo, el Proyecto de Ley N° 3395/2018 – CR de fecha 18 de septiembre del año 2018, presentado por el congresista Lucio Ávila Rojas, en representación de otros congresistas signatarios, solicita que sea reconocido constitucionalmente el Derecho a la Vivienda digna y adecuada y, la promoción de programas públicos y privados y su debido financiamiento para concretizar el mencionado derecho. El tercero, es el Proyecto de Ley N° 3609/2018 – CR, presentado en fecha 07 de noviembre del año 2018 por la congresista Marisa Glave Remy, en representación de otros congresistas signatarios, solicita la incorporación en la Constitución Política del Perú del Derecho a la Vivienda digna y adecuada, incluyendo el acceso a los servicios básicos e infraestructura pública necesaria. Para que se concrete tal derecho, se indica que el Estado debe promover políticas de vivienda social, implementar los correspondientes sistemas de financiamiento y contar con la debida participación de la ciudadanía. El cuarto, es el Proyecto de Ley N° 3875/2018 – CR de fecha 31 de enero del 2019, presentado por la congresista Mercedes Rosalba Aráoz Fernández, en relación a la propuesta de establecer la garantía quinquenal; menciona y argumenta en el párrafo VII, la importancia de proteger el Derecho a la Vivienda digna, en concordancia con el planteamiento factico – jurídico argumentado en el presente trabajo de investigación.

Como puede apreciarse, los argumentos que han motivado el desarrollo del presente trabajo de investigación, han anticipado y coinciden con las necesidades manifestadas por el mismo órgano legislador de incorporar en la misma Constitución Política vigente el Derecho a la Vivienda digna y adecuada.

c) Limitaciones del estudio.

En el presente trabajo de investigación se han presentado las siguientes limitaciones:

- ✓ La problemática analizada objeto de investigación carece de antecedentes de estudios profundizados a nivel nacional. En efecto, no existe una bibliografía consistente respecto del análisis teórico y crítico de la coexistencia del Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda; ni, mucho menos, de carácter factico, en cuanto existe escasa jurisprudencia relativa al tema de investigación, porque el Derecho a la Vivienda no se encuentra reconocido a nivel constitucional; y, consecuentemente, no puede ser reclamado en las instancias judiciales o extrajudiciales correspondientes.
- ✓ El tipo de muestra se ha limitado principalmente al acceso de información virtual de páginas oficiales de instituciones y autores en su mayoría extranjeros, debidamente reconocidos y seleccionados. Además de la citada carencia de material jurídico producido a nivel nacional, es necesario subrayar que el tema objeto de la presente investigación surge desde los Tratados, Declaraciones y Acuerdos internacionales firmados y ratificados por el Estado Peruano, cuya disponibilidad, análisis y críticas se encuentran presentes, primariamente en la vía virtual, limitando a ese medio el acceso de la información por parte del autor.
- ✓ La dificultad de contactarse con los profesionales del Derecho para concretizar las correspondientes entrevistas. Por lo que se ha podido constatar, ello se debe en parte a la falta crónica de tiempo de los referidos profesionales; de otra parte, a la falta de conocimiento y voluntad de profundizar un tema que aparentemente no es considerado trascendente y cuya solución se prefiere canalizar (superficialmente) en la normativa del proceso de desalojo y sus elementos que lo caracterizan. Además, los magistrados contactados, han preferido declinar la propuesta de entrevista, sin manifestar razón alguna.
- ✓ Los recursos económicos para el desarrollo del presente trabajo de investigación han sido asumidos, en su totalidad, por el mismo autor; hecho que ha limitado la posibilidad de profundizar el tema objeto de análisis y, a su vez, dilatar los tiempos de elaboración y presentación de la misma investigación.

Al respecto, según Pajares (2007), las limitaciones de la investigación se entienden como aquellas posibles debilidades del estudio, en relación a su análisis, a la naturaleza del auto informe, a sus instrumentos y muestra; además, reconoce la necesidad de indicar las amenazas a la validez interna que no pueden ser evitadas o minimizadas y, consecuentemente, explicarlas.

Además, Tamayo (2002) afirma lo siguiente:

Cuando los datos se recogen directamente de la realidad, por lo cual los denominamos primarios, su valor radica en que permiten cerciorarse de las verdaderas condiciones en que se han obtenido los datos, lo cual facilita su revisión o modificación en caso de surgir dudas. Conviene anotar que no toda información puede alcanzarse por esta vía, ya sea por limitaciones especiales o de tiempo, problemas de escasez o de orden ético. (p.110)

d) Viabilidad de la investigación.

El presente estudio es viable, en cuanto reúne las condiciones de factibilidad financiera, humana y material, con el propósito de aportar a un tema sensible, cual es el derecho a una vivienda digna, en calidad de Derecho Humano, una elaboración lógico – jurídica investigativa, en relación a la colisión que existe entre el mencionado derecho y el Derecho de Propiedad, en los casos de desalojo forzoso, en el sistema jurídico – constitucional peruano, en una óptica crítica y propositiva.

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1 Antecedentes de la investigación.

2.1.1 Tesis de investigación.

- ANTECEDENTE N° 1

Tesis para optar el título de Magister, titulada “*Derecho de propiedad y renovación urbana en el Perú. Límites y necesidad de limitaciones: ¿cuándo es necesaria la intervención del estado?*”, de Martínez (2010) quien llega a las siguientes conclusiones:

- 1) En nuestro Ordenamiento Jurídico no es nada sencillo identificar fehacientemente la condición de titular de dominio de una persona sobre un bien, porque el Registro no es constitutivo de derecho en nuestro país, no está al alcance de todos, ni es un trámite que demande poco esfuerzo a los interesados. Por el contrario, es incompatible con la legislación nacional en materia de Renovación Urbana, que se dirige principalmente a personas con escasos recursos económicos y que carecen en muchos casos del título que ampare la ocupación que ostentan de un determinado inmueble. (p.166)
- 2) El remedio del Estado frente a esta situación se enfoca en la Expropiación, prevista en la Ley de Promoción a la Inversión Privada en Acciones de Renovación Urbana y su Reglamento. Sin embargo, la Constitución Política del Perú, sólo permite extinguir el Derecho de Propiedad por causas de necesidad pública y seguridad nacional y no por interés social. Siendo así, la expropiación con fines de Renovación Urbana carece de sustento constitucional, por el Ordenamiento Jurídico actualmente vigente. (p.167)
- 3) Para materializar las alternativas de solución antes mencionadas y regenerar la trama urbana, es preciso dar una nueva lectura al Derecho de Propiedad, el cual no ha evolucionado a la par del crecimiento de las ciudades en nuestro país, que presenta formas complejas de ocupación predial y que se enfrentan abiertamente con la propiedad privada, no pudiendo ser resueltas a partir de un entendimiento tradicional de este derecho, menos aún con las figuras jurídicas que plantea actualmente la Constitución Política del Perú y el Código Civil. (p.168)

4) El Derecho de Propiedad es pasible de adaptarse a los nuevos retos que le presenta la realidad nacional en materia habitacional. Éste, debe cumplir la función social que le ha sido asignada o, dicho de otro modo, ejercerse en armonía con el bien común. Teniendo ello como premisa, los instrumentos jurídicos que se elaboren deberán mantener esta orientación y desarrollarse de manera tal que, ante un conflicto entre intereses privados y colectivos, coadyuven a solucionar éste a favor de los últimos. (p.171)

2.1.2 Monografías.

- **ANTECEDENTE N° 2**

En la monografía titulada “*El problema de vivienda en el Perú: una necesidad básica insatisfecha*”, García (2007) afirma lo siguiente:

La población urbana del Perú continúa expandiéndose. Se ha previsto que de 73 por ciento en el año 2000 pasará a 83 por ciento en 2010. La urbanización trae consigo una continua demanda por viviendas, generalmente para familias de bajos recursos. A lo largo de los últimos treinta años, ante la falta de acceso a los servicios financieros y un insuficiente proceso de desarrollo territorial, los medios predominantes que han utilizado las familias pobres para obtener vivienda han sido las invasiones de tierras y la auto construcción de viviendas con bajo estándar. Como resultado, más de 3 millones de unidades están sobre pobladas, y han sido construidas con materiales de baja calidad y carecen de uno o más servicios básicos. Un estimado de 68 por ciento de la población vive en tugurios. (p.1)

- **ANTECEDENTE N° 3**

En “*Derecho a una vivienda digna en Latinoamérica*” de Trust Law (2014), se ha realizado una interesante investigación sobre la legislación y la jurisprudencia en distintos países de Latinoamérica, en cuanto a la regulación del Derecho a la Vivienda y su respectiva aplicación. Por lo que concierne el Perú, Trust Law (2014), en sus conclusiones señala que el Derecho a la Vivienda, contrariamente a lo estipulado en la Constitución de 1979 (arts. 10° y 18°), no se encuentra expresamente contenido en la Carta Constitucional de 1993; indica que se hace referencia al art. 195°, núm. 8, en cuanto a la integración del Derecho a la Vivienda en la Constitución vigente, respecto del cumplimiento del referido derecho a nivel de gobiernos locales e, identifica al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, como la

institución a nivel nacional que regula e impulsa las políticas relacionadas a la implementación de programas de desarrollo de las viviendas, conjuntamente con los gobiernos locales. Además, refiere que por como el Derecho a la Vivienda es regulado en la Constitución Política vigente, debe ser considerado como un derecho progresivo; sin embargo, no cuenta con alguna herramienta legal para ser reclamado como, por ejemplo, la acción de amparo. En fin, respecto del cumplimiento del Derecho a la Vivienda y en cuanto a eventuales casos de desalojo forzoso, al momento no existe alguna jurisprudencia.

2.1.3 Artículos Especializados.

- **ANTECEDENTE N° 4**

En “*El problema de la vivienda en Perú: retos y perspectivas*”, en sus conclusiones, Quispe, Arias y Maquet (2005), señalan los siguientes puntos relevantes:

- 1) Se estima que el déficit habitacional para el año 2000 ascendía a 1.233.000 viviendas, correspondiendo a viviendas faltantes 326.000 (26%), bajo el supuesto de una vivienda por cada hogar (déficit cuantitativo), y 907.000 (74%) a viviendas existentes pero inadecuadas por características físicas y de hacinamiento (déficit cualitativo). El déficit cuantitativo reflejaría el número de viviendas nuevas que se necesitarían; el déficit cualitativo, el número de viviendas que necesitarían ser sustituidas, ampliadas, remodeladas o rehabilitadas. Los mayores niveles de déficit cuantitativo y cualitativo por características físicas se concentran en los departamentos de Lima 40,9%, Puno 6,6%, Cusco 5,4%, Callao 4,8%, Junín 4,8% y el resto (37,5%) en 19 departamentos. (p.8)
- 2) No es posible atacar el problema de la vivienda, los servicios y los espacios públicos, como un hecho aislado del contexto económico y social nacional y las condiciones de pobreza existente en nuestra sociedad. (p.15)
- 3) El déficit de viviendas en el Perú es principalmente de orden cualitativo, presenta malas condiciones de habitabilidad, de precariedad habitacional, de localización de la vivienda (en lugares inadecuados y riesgosos). Ello se debe tanto a la situación de pobreza en la que vive una buena parte de la población, que no le permite acceder al mercado formal, como también a políticas públicas inadecuadas que no han tomado en cuenta esta

situación. A tal punto que, podemos afirmar, actualmente los programas de vivienda no se interesan por el mantenimiento ni mejoramiento del parque habitacional, sino por edificar viviendas nuevas con intermediación financiera de la banca comercial. (p.24)

- 4) Tras la puesta en práctica de estos programas podemos concluir que no han tenido el éxito que se hubiera esperado, debido a que el público que debería ser beneficiario, no solamente no cuenta con los recursos necesarios, sino que tampoco tiene la posibilidad de contraer deudas a mediano plazo porque no tiene un trabajo estable que le dé sustento y seguridad, condiciones necesarias para acceder al financiamiento bancario. (p.24)

- **ANTECEDENTE N° 5**

El artículo “*Desalojos en América Latina: los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Perú*”, cuyo autor es el Centro por el Derecho a la Vivienda y Contra los Desalojos (COHRE), trata de reflexionar acerca de los desalojos forzosos y su impacto en la sociedad, en cuanto “requieren la atención inmediata y directa de los gobiernos nacionales y locales de América Latina, de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de las instituciones financieras internacionales y regionales” (COHRE, 2006, p.91).

- **ANTECEDENTE N°6**

En el artículo “*Vivienda para población desplazada en Colombia. recomendaciones para la política pública y exigibilidad del derecho*”, los autores Torres y Vargas (2009), sostienen lo siguiente:

- a. Dentro de la gran cantidad de derechos que son violados cotidianamente a la población desplazada, el de la vivienda resulta de actual importancia, ya que otro tipo de derechos que demandan igual restitución han venido siendo atendidos a través de los espacios y equipamiento existentes como lo son el derecho a la educación y a la salud, con relación a los cuales la población desplazada cuenta con beneficios y garantías exclusivas y focalizadas a la atención de su condición de vulnerabilidad. (p.7–8)

- b. Resalta la incapacidad del Estado, quien no ha desarrollado en ninguno de sus niveles de acción y gestión institucional, las herramientas necesarias para el restablecimiento de este derecho del cual adolecen un porcentaje muy alto de colombianos y colombianas que supera el grupo de la población desplazada existente. (p.8-9)
- c. Modelos de desarrollo generalmente desequilibrados, que no construyen equidad y pretenden obtenerla por vía de la simple regulación; encontrando que estas lógicas de actuación generan todo tipo de tensiones que se manifiestan en la ciudad, tensiones marcadas por la desigualdad. Tensiones que a nivel del territorio se expresan con búsquedas y respuestas individuales a la solución de los problemas como los del habitat y la vivienda, los cuales terminan siendo resueltos por la mayor parte de la población por el mecanismo de la auto producción, como única vía alternativa frente a la imposibilidad de cumplir con las exigencias establecidas por el mercado formal. (p.23)
- d. Las consideraciones expuestas en este documento se han realizado bajo la convicción de la necesidad inaplazable de producir herramientas útiles para la dignificación de la vida de la población desplazada y en general de la totalidad de la población colombiana, en el marco de la revisión del Estado de Cosas Institucional –ECI-. En este marco la garantía de un habitat y una vivienda digna en donde poder desarrollar la vida a plenitud, se convierte en una premisa fundamental en cualquier proceso de reparación y restablecimiento de derechos. (p.64)

- **ANTECEDENTE N° 7**

En el Folleto Informativo N° 25 titulado “*Desalojos forzosos*”, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) indica que es indispensable respetar la igualdad de todos los Derechos Humanos, establecida en las disposiciones de los instrumentos internacionales que protegen tales derechos. En particular, se hace mención al examinar las violaciones de los Derechos Humanos relacionadas no sólo con un derecho, sino con una amplia gama de Derechos Humanos a ello relacionados. Una de esas violaciones es la práctica de los desalojos forzosos, que conlleva el traslado de personas, familias o comunidades de sus hogares, tierras o vecindarios contra su voluntad, atribuible directa o indirectamente al Estado (ACNUDH, 2014).

- **ANTECEDENTE N° 8**

D’Onofrio (2015) en el artículo titulado “*Derecho de propiedad y acceso a la vivienda. Colisión en el proceso de desalojo. Responsabilidad internacional del estado*”, subraya la existencia de la colisión de derechos de nivel constitucional, el Derecho de Propiedad y Derecho a la Vivienda, en los procesos de desalojo. Manifiesta la dificultad de aplicar normas que se originan por la ratificación de tratados de Derechos Humanos a nivel internacional, integrados a nivel constitucional internos, sin que haya las correspondientes modificaciones procesales en la legislación nacional, lo cual, genera interpretaciones particulares y dejando desprotegido al titular del Derecho de Propiedad.

- **ANTECEDENTE N° 9**

En el artículo “*Aproximación a la configuración jurídica del derecho a la vivienda dentro del ordenamiento jurídico español*”, el autor Villanueva (2015), plasma la siguiente conclusión:

(...) podemos decir que el derecho a una vivienda supone una orientación hacia los poderes públicos a la hora de gobernar y establecer sus políticas sociales, intentando satisfacer esta necesidad básica que tienen los ciudadanos, y que, sin lugar a dudas, tiene una vinculación especial con algunos derechos fundamentales básicos como la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad. Podría criticarse su inclusión dentro de la normativa constitucional, ya que como señala algún autor (González, 2007) citando al jurista alemán Konrad Hesse, son derechos que generan falsas expectativas en los ciudadanos, ya que no es posible garantizar su cumplimiento, lo que puede llevar a una situación de fraude hacia los ciudadanos que no lo vean cumplido, y en verdad, esto es así, pero incluyéndolo dentro de marco constitucional hay, por lo menos, una orientación hacia los poderes públicos de cómo encaminar su política, sabiendo que en mayor o menor medida, es necesario atender esa necesidad básica y no pudiendo contradecirla de forma directa por estar en la norma superior del ordenamiento, por lo que en cierta manera es una garantía. (p.11)

- **ANTECEDENTE N° 10**

En el artículo titulado “*¿Derecho a la vivienda o la propiedad privada? De la política pública a la informalidad urbana en el Área Metropolitana de Lima (1996-2015)*”, los autores Torres y Ruiz-Tagle (2019), subrayan los siguientes conceptos:

- a. La informalidad en el Perú – y específicamente en Lima – es un fenómeno multisectorial, cuya complejidad, a diferencia de lo que ocurre en otros países, dificulta y casi imposibilita distinguir la irregularidad de la ilegalidad. (p.20)
- b. Dedicado solo a entregar y regularizar la tierra, la aparente inercia del aparato estatal frente a la informalidad urbana exacerba la producción de suelo urbano bajo esta modalidad. (p.20)
- c. En otras palabras, “el derecho a una vivienda digna” se ha sustituido por el “derecho a la propiedad” impulsada por la PNF que –en palabras de Roy (2005)– en el contexto actual de acumulación de capital, sería el derecho a participar en los mercados inmobiliarios. Esto explica en parte por qué, a pesar de estas condiciones, los asentamientos no dejan de proliferar en la ciudad. (p.21)
- d. En la actualidad, los AAHH se reproducen no solo con fines de vivienda, sino como fuente de recursos económicos, validada por la economía informal del mercado ilegal de tierras, la permisividad estatal y la ideología de la propiedad privada impuesta por la PNF. Esto ocurre porque no existe un correcto control estatal del suelo y su función social de uso queda relegada frente a la titularidad del mismo, lo que ocasiona la especulación del suelo urbanizable y favorece a los urbanizadores piratas (p.21)
- e. Para la organización social, en cuanto desarrollador urbano tradicional de las barriadas, el aparente beneficio de orden legal y económico que propiciaba la PNF mermó su intensidad de organización e instauró la lógica de la propiedad privada por sobre el bien común. Es decir, convirtió la lucha colectiva por la vivienda y la urbanización en la lucha individual por la propiedad privada, privilegiando la construcción del patrimonio personal por sobre la urbanización de los asentamientos, aumentando con ello la fragmentación de la ciudad y las desigualdades sociales. (p.21)

Comentario: A través del análisis e inferencia del contenido de los antecedentes de la investigación arriba mencionados, se puede concluir que existe una inquietud generalizada sobre el tema habitacional, los desalojos forzosos y la afectación al Derecho a la Vivienda. Es particularmente sintomático que importantes organizaciones internacionales protejan el Derecho a la Vivienda, asimilándolo a los demás derechos fundamentales; y que, el uso del

instrumento del desalojo forzoso quiebre un derecho tan trascendental para la dignidad humana, la paz y seguridad de nuestra sociedad. Además, los mencionados antecedentes confirman la inadecuación de las políticas del Estado en garantizar el acceso a la vivienda digna y adecuada en forma homogénea.

2.2 Bases teóricas.

2.2.1 Preliminares Históricos.

Según Barceló (1993), el concepto de Derecho de Propiedad, y su discusión, remonta a la Antigua Grecia, en particular a las figuras emblemáticas de Platón, quien con su obra “*La Republica*”, distingue la propiedad privada y la propiedad comunal; y, de otro lado, de Aristóteles, con su obra “*Política*”, quien sostuvo el Derecho de Propiedad privada en concordancia con los beneficios comunitarios.

Sobre las bases planteadas por los filósofos de la Antigua Grecia, en la Antigua Roma se pueden distinguir los conceptos positivistas relativos al Derecho de Propiedad delineados por Marco Tulio Cicerón, quien afirmaba que la propiedad sobre un bien se podía adquirir mediante antigua ocupación, conquista, o en virtud de una ley, contrato, estipulación o sorteo; descartando, en esta forma, la idea iusnaturalista de la existencia de bienes privados adquiridos por naturaleza. En cambio, Seneca consideraba que en origen las cosas de la naturaleza eran de goce común y que la avaricia del hombre propició su misma pobreza. Con la aportación de Justiniano en los “*Digestas*” se separa el concepto de propiedad, como la posesión que un individuo ostenta sobre una cosa (*res*); y, el derecho que el individuo ejerce sobre dicha cosa (*dominium*).

En edad moderna, John Locke, reconocido padre del liberalismo reconoce el Derecho de Propiedad como uno real y uno genérico, que comprende las acciones, las libertades, la vida, el cuerpo, en fin, todos los derechos del hombre (Toyama, 1997).

Siguiendo una hipotética línea temporal, Barceló (1993), afirma que “la Declaración de 1789 no se limitó a contar la propiedad entre los derechos naturales e imprescriptibles del hombre (art. 2), sino que enfatizó además que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”(art. 1)” (p.14).

La crítica más relevante al Derecho de Propiedad es presentada por los filósofos alemanes Carlos Marx y Friedrich Engels, en la obra “*La ideología alemana*” del año 1845, con la cual plantean la abolición de la división social del trabajo y de la propiedad privada como condición necesaria para que el hombre alcance su felicidad dentro una sociedad comunista (Atienza, 1983).

En fin, desde la edad antigua, el Derecho de Propiedad ha sido cuestionado respecto de su definición, aplicación, protección y límites para adecuarlo y armonizarlo con la realidad social, según las sensibilidades de cada época. No sorprende que la discusión sobre el referido derecho haya estimulado los más importantes filósofos de la historia, y que se haya llegado a una confrontación bien definida entre la visión liberal y social – comunista, que todavía no se ha resuelto totalmente.

2.2.2 Del Derecho a la Vivienda.

El concepto de Derecho a la Vivienda, conjuntamente a otros Derechos Humanos, políticos, sociales y económicos, se ha planteado solamente después de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial; como consecuencia de los horrores y atrocidades de las dos guerras mundiales del siglo XX, la creación de las Naciones Unidas ha propiciado el reconocimiento y aplicación dentro de las legislaciones nacionales de Tratados, Declaraciones y Acuerdos dirigidos a garantizar los Derechos Humanos.

El Derecho a la Vivienda es reconocido a nivel internacional y tiene carácter universal; es inherente a la persona y basado sobre el principio de interpretación Pro Homine; conlleva que la misma vivienda sea digna y adecuada, para que el mencionado Derecho Humano sea completo en su significado, como queda mencionado en el art. 25°, numeral 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que a la letra indica:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (Asamblea General ONU, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, Artículo 25°.1).

El referido artículo reconoce el Derecho a la Vivienda como uno fundamental para que sea garantizado, a todo ser humano, el grado necesario de bienestar para desarrollar una vida digna. Representa el hito más importante para que el mencionado derecho sea reconocido en modo universal.

Paralelamente, en el artículo 11° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 1948, se establece que:

Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. (OEA, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, Artículo 11°)

Y, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948, en el inc. k del artículo 34°, queda indicado que:

Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas:

k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población. (OEA, Carta de la Organización de los Estados Americanos, 1948, artículo 34° inc. k)

En concordancia con los planteamientos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, paralelamente, se ha emitido la Declaración y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que promueven y fomentan el reconocimiento y concretización del Derecho a la Vivienda, como herramienta de lucha en contra de la pobreza y en beneficio del bienestar físico y social de cada individuo, según la realidad de cada país.

A nivel internacional, existen diferentes documentos que respaldan el reconocimiento y protección del Derecho a la Vivienda, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que, en su artículo 5° afirma:

(...) los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

(...) e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:

(...) iii) El Derecho a la Vivienda. (ONU, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965, Artículo 5°)

Como también, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966 que, en su artículo 11.1° afirma:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. (ONU, PIDESC, 1966, Artículo 11°)

El presente artículo complementa las bases planteadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948, estimulando los Estados signatarios a implementar acciones internas dirigidas a fomentar políticas sociales a favor de la concretización del Derecho a la Vivienda, en beneficio de los ciudadanos.

Además, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 27°, inc. 3, se hace referencia a que:

Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por

el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. (ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, Artículo 27° inc.3)

Una contribución muy importante y trascendente respecto del reconocimiento y garantía de protección del Derecho a la Vivienda la aporta el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CDESC), mediante la Observación General N° 4 del año 1991, sobre el Derecho a una Vivienda Adecuada. En dicho documento CDESC (1991), afirma que:

1. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 11° del Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Reconocido de este modo, el Derecho Humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales. (p.1)

16. En algunos Estados, el Derecho a la Vivienda adecuada está consagrado en la constitución nacional. En tales casos, el Comité está interesado particularmente en conocer los aspectos jurídicos y los efectos concretos de tal enfoque. Desea, pues, ser informado en detalle de los casos específicos y otras circunstancias en que se ha revelado útil la aplicación de esas disposiciones constitucionales. (p.6)

18. A este respecto, el Comité considera que las instancias de desahucios forzados son prima facie incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional. (p.6)

El mencionado documento confirma la naturaleza fundamental del Derecho a la Vivienda a favor de cada individuo y familia, como elemento necesario para su debido desarrollo y bienestar; además, debe ser aplicado sin alguna discriminación de ningún tipo, y plantea su debida protección y control por parte de órganos competentes en aquellos Estados que lo hayan reconocido a nivel constitucional. Además, enfrenta el tema de los desalojos forzados, identificados como una acción ilegal cuya aplicación reviste una calidad excepcional y actuada bajo los principios relativos al Derecho Internacional que protegen la dignidad del hombre.

Dentro el mencionado marco factico y jurídico, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 28°, inc. 1, subraya que:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. (ONU, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006, Artículo 28° inc. 1)

Y, en el Artículo 28°, inc. 2:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: (...) d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública. (ONU, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006, Artículo 28° inc. 2)

La mencionada Convención, además de establecer la importancia y el relativo reconocimiento del Derecho a la Vivienda, como uno de rango constitucional, obliga los Estados Partes a aplicar aquellas medidas aptas a concretizar el cumplimiento del aludido derecho, a favor de las personas con discapacidad.

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), en su Folleto Informativo N° 21/Rev.1 del año 2010, titulado “*El Derecho a una Vivienda Adecuada*”, amplía el concepto de Derecho a la Vivienda adecuada, en los siguientes términos:

El Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha subrayado que el derecho a una vivienda adecuada no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. (ACNUDH, 2010, p. 3)

Y, ACNUDH (2010) prosigue afirmando:

Estas libertades incluyen en particular:

- La protección contra el desalojo forzoso y la destrucción y demolición arbitrarias del hogar.
- El derecho de ser libre de injerencias arbitrarias en el hogar, la privacidad y la familia; y,
- El derecho de elegir la residencia y determinar dónde vivir y el derecho a la libertad de circulación. (p.3)

En el mismo documento, se sostiene que el Derecho a una Vivienda adecuada contiene otros derechos, como: la seguridad de la tenencia; la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio; el acceso no discriminatorio y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada; la participación en la adopción de decisiones vinculadas con la vivienda en el plano nacional y en la comunidad. (ACNUDH, 2010, p.3)

En fin, ACNUDH (2010) sostiene que:

Deben satisfacerse varias condiciones para que una forma particular de vivienda pueda considerarse que constituye “vivienda adecuada”. Estos elementos son tan fundamentales como la oferta y disponibilidad básicas de vivienda. Para que la vivienda sea adecuada, debe reunir como mínimo los siguientes criterios:

- La seguridad de la tenencia: la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no cuentan con cierta medida de seguridad de la tenencia que les garantice protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas.
- Disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura: la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no tienen agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas,

energía para la cocción, la calefacción y el alumbrado, y conservación de alimentos o eliminación de residuos.

- Asequibilidad: la vivienda no es adecuada si su costo pone en peligro o dificulta el disfrute de otros derechos humanos por sus ocupantes.
- Habitabilidad: la vivienda no es adecuada si no garantiza seguridad física o no proporciona espacio suficiente, así como protección contra el frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otros riesgos para la salud y peligros estructurales.
- Accesibilidad: la vivienda no es adecuada si no se toman en consideración las necesidades específicas de los grupos desfavorecidos y marginados.
- Ubicación: la vivienda no es adecuada si no ofrece acceso a oportunidades de empleo, servicios de salud, escuelas, guarderías y otros servicios e instalaciones sociales, o si está ubicada en zonas contaminadas o peligrosas.
- Adecuación cultural: la vivienda no es adecuada si no toma en cuenta y respeta la expresión de la identidad cultural. (p.4)

Como se puede apreciar, en el presente documento se amplía el concepto de Derecho a la Vivienda. Además de su delineación y protección, se extiende su concepto: la vivienda no se limita a las cuatro paredes del lugar de demora, sino a los servicios básicos, su calidad, accesibilidad y alcances económicos y culturales. En práctica, ampliando el panorama, no se trata de vivir en un hogar, sino de ser parte de una sociedad donde el Estado propicia el bienestar y seguridad de sus ciudadanos.

Sin embargo, en el referido documento, también se han esclarecido algunos temas que pueden suscitar ideas erróneas sobre el Derecho a una Vivienda adecuada, como se indica a continuación:

El derecho a una vivienda adecuada NO exige que el Estado construya viviendas para toda la población: El Derecho a la Vivienda no es sinónimo de derecho a exigir que el Estado provea a la vivienda de todos los ciudadanos. El Estado, en práctica, debe fomentar aquellas políticas que favorezcan y propicien que los ciudadanos satisfagan dicha necesidad conforme a sus posibilidades y necesidades, sin crear barreras o formas de discriminación. (ACNUDH, 2010, pp.6-7)

El derecho a una vivienda adecuada NO es solamente una meta programática que debe alcanzarse a largo plazo: Se subraya la necesidad, por parte del Estado, de fomentar aquellas políticas sociales relativas a satisfacer la necesidad de una vivienda por parte de sus ciudadanos, sin alimentar barreras o discriminaciones en contra de ellos. (ACNUDH, 2010, p.7)

El derecho a una vivienda adecuada NO prohíbe los proyectos de desarrollo que podrían desplazar a las personas: El Derecho a la Vivienda, como el Derecho de Propiedad, no es absoluto. Tiene que concretizarse en armonía con las necesidades de desarrollo y bienestar de la entera comunidad, bajo la condición de entablar la debida mediación, y buscar la correspondiente solución a las políticas planteadas por el Estado, en forma conjunta con los ciudadanos afectados. (ACNUDH, 2010, p.7)

El derecho a una vivienda adecuada NO es lo mismo que el Derecho de Propiedad: Se esclarece la distinción entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda. Si bien es cierto, que el primero ampara solamente quien ostenta un título oficial sobre el dominio del bien, el segundo es más amplio: incluye y protege el Derecho de Propiedad y, extiende su rayo legal, a todos aquellos que necesitan proteger la tenencia de un inmueble ante un desalojo forzoso. (ACNUDH, 2010, pp. 8-9)

El derecho a una vivienda adecuada NO es lo mismo que el derecho a la tierra: Si bien es cierto, que la vivienda se ubica por encima de un terreno, el Derecho a la Vivienda no abarca el Derecho a la Tierra. Considero que, sobre todo cuando se habla de comunidades nativas o con distintos elementos culturales, tal derecho debería ser incluido en el concepto de Derecho a la Vivienda y debidamente protegido. (ACNUDH, 2010, p.9)

El derecho a una vivienda adecuada incluye tener acceso a servicios adecuados: La casa no consta solamente de la construcción física del lugar donde vive un individuo o familia. Debe incluir todos aquellos servicios que, además de brindar las condiciones básicas para que dicha vivienda sea vivible, permitan el correcto desarrollo y seguridad de sus ocupantes, dentro un contexto de comunidad homogénea y exenta de cualquier tipo de discriminación. (ACNUDH, 2010, p.9)

El vínculo entre el derecho a una vivienda adecuada y otros derechos humanos: La protección del Derecho a la Vivienda ante cualquier forma abusiva, incluidos los desalojos forzados, no abarca solamente el mero derecho a tomar asiento en un lugar. Los beneficios de garantizar el referido derecho incluyen otros aspectos de la vida de un individuo como su salud, educación, trabajo, estabilidad emotiva y, trasciende a beneficio de su familia e hijos, propiciando aquellas condiciones que permiten a cada persona, y por tanto, a una comunidad, desarrollarse en forma adecuada y armoniosa. (ACNUDH, 2010, pp. 9-10)

Al respecto, se debe subrayar como el Derecho a la Vivienda adecuada se encuentra entrelazado con la realidad social y no puede ser objeto de instrumentalización y abusos. Además, comprende la satisfacción todos aquellos servicios que complementan la misma vivienda, en relación a la calidad de vida, bienestar y oportunidades de desarrollo en beneficio de sus ocupantes; en efecto, se encuentra conectado a otros derechos fundamentales como él de salud, educación, trabajo, entre otros. No se puede definir vivienda digna y adecuada aquella que no presente ese conjunto de servicios y derechos aludidos.

Para mejor comprender la realidad global relacionada al Derecho a la Vivienda y su delicada situación en cuanto a su reconocimiento y protección, Golay y Özden (2007), argumentan que:

A pesar del reconocimiento universal del Derecho a la Vivienda, los sin techo, los que viven en alojamientos precarios y los desalojados, son cada vez más numerosos en todas las ciudades, así como en el campo, en todo el planeta. Más de 4 millones de personas han sido desalojadas por la fuerza de su vivienda entre 2003 y 2006. (p. 3)

En fin, con relación a las características que revisten los Derechos Humanos que, dicho sea de paso, incluyen el Derecho a la Vivienda adecuada, la Unión Interparlamentaria y ACNUDH, en su Manual para Parlamentarios N° 26 del año 2016, indican lo siguiente:

Los derechos humanos son universales: Los derechos humanos son universales porque están basados en la dignidad de todo ser humano, con independencia de la raza, el color, el sexo, el origen étnico o social, la religión, el idioma, la nacionalidad, la edad, la orientación sexual, la discapacidad o cualquier otra característica distintiva. (Unión Interparlamentaria y ACNUDH, 2016, p.22)

Los derechos humanos son inalienables: “Los derechos humanos son inalienables: ninguna persona puede ser despojada de sus derechos humanos, salvo en circunstancias legales claramente definidas” (Unión Interparlamentaria y ACNUDH, 2016, p.23).

Los derechos humanos son indivisibles e interdependientes: “Los derechos humanos son indivisibles e interdependientes. Dado que cada Derecho Humano trae consigo otros derechos humanos y depende de ellos, la violación de un derecho afecta al ejercicio de otros” (Unión Interparlamentaria y ACNUDH, 2016, p.23).

El principio de la realización progresiva: El principio de la realización progresiva se aplica a las obligaciones positivas que tiene el Estado de satisfacer y proteger los derechos humanos, en particular, los derechos económicos, sociales y culturales (Unión Interparlamentaria y ACNUDH, 2016, p.37).

Además, respecto al carácter obligatorio de los Derechos Humanos, la Unión Interparlamentaria y ACNUDH (2016), establecen que:

La Declaración es un documento intemporal y poderoso que recoge las profundas aspiraciones de la humanidad para vivir en condiciones de dignidad, igualdad y seguridad. Proporciona normas mínimas y ha ayudado a convertir asuntos de orden moral en un marco jurídicamente obligatorio. (p.46)

Y, dentro de las obligaciones que el Estado debe cumplir para proteger y garantizar el Derecho a la Vivienda, la Unión Interparlamentaria y ACNUDH (2016), incluyen:

- Garantizar que este derecho esté protegido frente a: demoliciones arbitrarias; desahucios o desalojos forzosos; segregación; desplazamiento por motivos raciales o religiosos; discriminación; y, acoso e injerencias análogas.

- Adoptar medidas positivas para reducir el número de personas sin hogar y proporcionarles un espacio adecuado para vivir, protegido de las inclemencias del clima y de los riesgos para la salud;
- Establecer mecanismos de aplicación judiciales, cuasi judiciales, administrativos o políticos capaces de dar reparación a las víctimas de toda supuesta violación del derecho a una vivienda adecuada. (pp.219 - 220)

Entonces, el Derecho a la Vivienda incluye una variedad de derechos, servicios y obligaciones que el Estado debe garantizar, frente a la trascendencia que el mismo derecho reúne, a favor del bienestar y seguridad de los individuos en su conjunto. Se trata de aplicar políticas activas en cuanto a la implementación de planes de urbanización pública, que permitan a los sectores más débiles de la sociedad contar con una vivienda que satisfaga las necesidades de sus habitantes, en aras de buscar una integración y no una discriminación entre los ciudadanos. Y, de otro lado, prevenir y evitar actos abusivos y lesivos como los desalojos forzosos, canalizando la desesperada necesidad de contar con una vivienda, en políticas del dialogo y propuestas concretas aptas a resolver tal delicado problema.

Gracias a la intensa labor de las instituciones internacionales, se ha podido lograr a nivel general el reconocimiento del Derecho a la Vivienda como Derecho Humano, así como ocurría en el Perú, hasta la vigencia de la Constitución de 1979, la cual lo incluía expresamente, como demuestra el contenido del art. 18° del mencionado cuerpo legal:

El Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación. La ley regula la utilización del suelo urbano, de acuerdo al bien común y con la participación de la comunidad local. El Estado promueve la ejecución de programas públicos y privados de urbanización y de vivienda. El Estado apoya y estimula a las cooperativas, mutuales y en general a las instituciones de crédito hipotecario para vivienda y los programas de autoconstrucción y alquiler - venta. Concede aliciente y exoneraciones tributarias a fin de abaratar la construcción. Crea las condiciones para el otorgamiento de créditos a largo plazo y bajo el interés. (Constitución Política del Perú, 1979, Artículo 18°)

Y, el art. 10° del mismo cuerpo legal: “Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa” (Constitución Política del Perú, 1979, Artículo 10°).

En práctica, el Estado Peruano, conforme a los lineamientos trazados por las instituciones internacionales, reconocía expresamente el Derecho a la Vivienda, demostrando sensibilidad y atención a dicha problemática. Sin embargo, en la Constitución de 1993, el Derecho a la Vivienda ha sido excluido en forma literal de la Carta Magna, concretizando, según el autor, una involución en cuanto al reconocimiento y protección de un Derecho Humano.

Por otro lado, conforme a la postura del presente trabajo de investigación, el Derecho a la Vivienda ha sido integrado en forma indirecta mediante el artículo 1° de la Carta Constitucional del 1993, que a la letra afirma: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 1°).

Así como el art. 3° del mismo cuerpo legal, que establece:

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 3°)

Y, la Cuarta Disposición Final y Transitoria que incluye aquellos Derechos Humanos reconocidos por el Estado Peruano, mediante Tratados, Declaraciones, Acuerdos Internacionales y que, a la letra afirma:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. (Constitución Política del Perú, 1993, Cuarta Disposición Final y Transitoria, Interpretación de los derechos fundamentales)

Como sugiere el texto de la Constitución Política del 1993 mencionado, el Derecho a la Vivienda se integra indirectamente en la aludida Carta Magna, considerando el carácter de

numerus apertus de los derechos fundamentales dirigidos a garantizar y proteger la dignidad de todo individuo.

Como se puede notar, el Legislador ha totalmente eliminado del contenido constitucional el Derecho a la Vivienda; sin embargo, los artículos 1°, 3° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria, permiten que aquellos derechos presentes en los documentos internacionales como Tratados, Declaraciones y Acuerdos suscritos y debidamente ratificados por el Estado Peruano, sean integrados a nivel constitucional.

Consecuentemente, el Derecho a la Vivienda, vuelve a ser incluido en forma indirecta en la Constitución Política del año 1993. Según la opinión del autor, dicha postura delineada en la Carta Magna presenta dos aspectos contradictorios: el primero, la difícil convivencia entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en particular en los casos de desalojo forzoso; y, de otro lado, el planteamiento de una economía social de mercado dentro el contexto constitucional que reconoce solamente el Derecho de Propiedad, contradiciendo evidentemente un *animus* liberal; y sucesivamente, por los factores exógenos señalados, integra el Derecho a la Vivienda dentro la Carta Constitucional, en concordancia con una visión social y solidaria de la sociedad, pero sin ningún amparo legal o política social trascendente implementada a favor de los ciudadanos.

Sin embargo, se considera oportuno y necesario integrar expresamente el Derecho a la Vivienda en la Constitución vigente, para su oportuna garantía y protección; y, para que el Estado implemente las adecuadas políticas aptas a concretizar su goce y disfrute.

En fin, es oportuno mencionar que, dentro de la legislación nacional peruana, existen normas legales que se refieren, en forma directa o indirecta al Derecho a la Vivienda, como en la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783, en su Capítulo II, Competencias Municipales, artículo 43°, que establece: “Competencias compartidas: h) Vivienda y renovación urbana” (Ley N° 27783, 2002, Artículo 43°).

También, en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867, en su artículo 29-A, afirma que:

Funciones específicas sectoriales de las gerencias regionales. Le corresponden a las Gerencias Regionales las funciones que se señalan a continuación, además de las establecidas expresamente por ley: (...) 2. Gerencia de Desarrollo Social. - Le corresponde ejercer las funciones específicas regionales de educación, cultura, ciencia y tecnología, recreación, deportes, salud, vivienda, trabajo, promoción del empleo, pequeña y microempresa, población, saneamiento, desarrollo social e igualdad de oportunidades. (Ley N° 27867, 2002, Artículo 29-A)

Y, en su artículo 58°, queda indicado que:

Funciones en materia de vivienda y saneamiento: a) Formular, aprobar y evaluar los planes y políticas regionales en materia de vivienda y saneamiento, en concordancia con los planes de desarrollo de los gobiernos locales, y de conformidad con las políticas nacionales y planes sectoriales. b) Promover la ejecución de programas de vivienda urbanos y rurales, canalizando los recursos públicos y privados, y la utilización de los terrenos del gobierno regional y materiales de la región, para programas municipales de vivienda. (...)d) Difundir el Plan Nacional de Vivienda y la normativa referida a la edificación de vivienda, así como evaluar su aplicación. (...) h) Asumir la ejecución de los programas de vivienda y saneamiento a solicitud de los gobiernos locales. (Ley N° 27867, 2002, Artículo 58°)

En la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, en su artículo 79°, se establece que:

Las municipalidades, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, ejercen las siguientes funciones: (...)2. Funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales: (...) 2.2. Diseñar y promover la ejecución de programas municipales de vivienda para las familias de bajos recursos. (Ley N° 27972, 2003, Artículo 79°)

Y, en la Ley de Desarrollo y Complementaria de Formalización de la Propiedad Informal, Acceso al Suelo y Dotación de Servicios Básicos, Ley N° 28687, en su artículo 17°, se afirma que:

De los proyectos sobre terrenos ocupados por posesiones informales: (...) Para el efecto, las municipalidades provinciales en coordinación con la comunidad elaborarán los

Programas Municipales de Vivienda como parte del Plan Integral de Desarrollo Concertado y en concordancia con el Plan Nacional de Vivienda. (Ley N° 28687, 2006, Artículo 17°)

Entonces, la normativa señalada, refleja, en cierta forma, la voluntad por parte de las instituciones públicas, de incidir en la realidad social, en cuanto a la activación y realización de proyectos, aptos a satisfacer o resguardar el derecho a una vivienda digna y adecuada, en ámbito local. Sin embargo, no resulta, por lo menos en la realidad local y regional de la ciudad de Cusco, que se haya implementado algún proyecto de dicha naturaleza. Más bien, siguen realizándose desalojos y demoliciones de viviendas informales, sin que exista al momento ninguna alternativa concreta, que no sea la compra o alquiler de inmuebles ofrecidos en el mercado inmobiliario privado.

2.2.3 Del Derecho de Propiedad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 17° afirma que:

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectiva.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad. (Asamblea General ONU, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, Artículo 17°)

En ámbito nacional, la Constitución Política del Perú del 1979, normaba el Derecho de Propiedad, como se indica a continuación:

Artículo 2°: Toda persona tiene derecho: **14.-** A la propiedad y a la herencia, dentro de la Constitución y las leyes (Constitución Política del Perú, 1979, Artículo 2°).

Artículo 124°: La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades. La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del Derecho de Propiedad (Constitución Política del Perú, 1979, Artículo 124°).

Artículo 125°: La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley, y previo el pago en dinero de una indemnización justipreciada. La ley

establece las normas de procedimiento, valorización, caducidad y abandono. En la expropiación por causa de guerra, de calamidad pública, para reforma agraria o remodelación de centros poblados o para aprovechar fuentes de energía, el pago de la indemnización justipreciada puede hacerse efectivo, por armadas o en bonos de aceptación obligatoria y libre disposición, redimibles forzosamente en dinero. En tales casos la ley señala el monto de la emisión, plazos adecuados de pago, intereses reajustables periódicamente, así como la parte de la indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa. (Constitución Política del Perú, 1979, Artículo 125°)

Artículo 126°: La propiedad se rige exclusivamente por las leyes de la República (Constitución Política del Perú, 1979, Artículo 126°).

De la misma forma, la Constitución Política del Perú del 1993 conserva las directrices indicadas por la anterior Carta Magna, estableciendo y garantizando expresamente el Derecho de Propiedad. Al respecto se señalan los siguientes artículos:

Artículo 2° inc. 16: Toda persona tiene derecho: A la propiedad y a la herencia (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 2° inc.16)

Artículo 70°: El Derecho de Propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio. (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 70°)

La doctrina jurídica ha profundizado el concepto de Derecho de Propiedad. Al respecto se señala la posición de Bustamante (2012):

En Derecho, la propiedad es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer del mismo, sin más limitaciones que las que imponga la ley. Es el derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien. (p.530)

Ahora bien, el jurista Gonzales (2010), sostiene que:

La Propiedad es definida como un señorío pleno (jurídico) sobre cualquier objeto externo de valor económico y susceptible de dominación. La pertenencia de los bienes no se agota en el ámbito patrimonial o económico, sino que guarda una estrecha relación con la libertad individual y con la dignidad de la persona. El principio fundamental del Derecho, del cual arranca toda regulación, es el RESPETO RECIPROCO, es decir, el reconocimiento de la dignidad del otro. Esta situación conlleva necesariamente el reconocimiento de un ámbito muy extenso de libertad. Por su parte, la libertad y los derechos que emanan de ella, son posibles solamente con la aparición de la autoridad del Estado. La propiedad requiere ser protegida por el Estado como un “derecho”, pero ese mismo derecho protege al individuo del Estado. La noción moderna de “derechos inalienables” implica que el soberano gobierna, pero no posee, y por tanto no puede apropiarse de las pertenencias de sus súbditos y violar sus derechos personales; esto es un principio que se convirtió en una poderosa arma contra la autoridad política, permitió la evolución de los derechos civiles y políticos. (p. 270)

Si bien es cierto que, a lo largo de la historia, el resultado de la sociedad que hoy en día se ha plasmado en la realidad, es el fruto de la aplicación de los principios que revisten el Derecho de Propiedad y que, inequívocamente, ha permitido al ser humano llegar a un inimaginable nivel de desarrollo, a su vez, no es un derecho absoluto. Como el Derecho a la Vivienda, ostenta el rango de derecho constitucional y que, como argumentado en el presente trabajo de investigación, llegan a colisionar como en los casos de desalojo forzoso.

Doctrinariamente, se han identificado tres facultades del Derecho de Propiedad, que son:

- **Ius utendi**, es el derecho de uso sobre la cosa. El propietario tiene el derecho a servirse de la cosa para sus intereses y de acuerdo con la función social del derecho, siempre y cuando esas conductas no violen preceptos legales ya establecidos o causen lesiones a los derechos de otros propietarios. (Ateneo de Córdoba, 2018, p.1)
- **Ius fruendi**, es el derecho de goce sobre la cosa. En su virtud, el propietario tiene el derecho de aprovechar y disponer los frutos o productos que genere el bien. La regla

general es que el propietario de una cosa es también propietario de todo aquello que la cosa produzca, con o sin su intervención. (Ateneo de Córdoba, 2018, p.1)

- **Ius abutendi**, es el derecho de disposición sobre la cosa. El propietario, bajo la premisa de que la cosa está bajo su dominabilidad (poder de hecho y voluntad de posesión), puede hacer con ella lo que quiera, incluyendo dañarla o destruirla (disposición material), salvo que esto sea contrario a su función social. (Ateneo de Córdoba, 2018, p.2)

Considerando la normativa nacional, como queda indicado en el art. 923° del Código Civil, la propiedad se define como: “El poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley” (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 923°).

Por tanto, además de las facultades arriba mencionadas, se añade aquella de reivindicar, o sea, el “*Ius vindicandi*”, que puede definirse como el derecho que tiene el titular de la cosa para reclamarla ante terceros.

Además, se identifican los siguientes caracteres de la propiedad, según el análisis doctrinario elaborado por Gonzales (2010), que son:

1. **Derecho Real**: es un ámbito de poder que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien (inherencia), generando la pertenencia de éste a un sujeto. (p. 294)
2. **Derecho Absoluto**: es la síntesis de todos los poderes sobre un bien y, por ello, es el derecho real de contenido más amplio. Según WOLFF, éste es el “núcleo positivo” de la propiedad privada, en vista a que el titular puede proceder con el bien a su arbitrio, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. (p. 294)
3. **Derecho Exclusivo**: Como consecuencia del “ser” de la propiedad, las ventajas de un bien son reservadas a una sola persona. El propietario tiene un monopolio, sólo él tiene la posibilidad de servirse y sacar provecho del bien que le pertenece. (p. 295)

4. **Derecho Perpetuo:** Significa que la propiedad está llamada a durar indefinidamente a favor del propietario, pero esto no impide las hipótesis excepcionales de algunas propiedades temporales. (p. 295)

Dentro este orden de ideas, es necesario configurar el Derecho de Propiedad dentro de su función social, como un cuerpo integrado a la realidad material. Y, Gonzales (2010) añade:

Es una opinión generalizada que todos los derechos subjetivos están sujetos a límites. En efecto, en el actual estado de nuestra civilización, no resulta difícil aceptar que todos los derechos subjetivos sufren limitaciones de diversa índole y, en verdad, no existen ya derechos absolutos, ni siquiera los de carácter fundamental. Esta misma regla se aplica al caso de la propiedad. (p.301)

En este caso, se subraya la relación íntima que existe entre el sujeto y el objeto, donde el Derecho de Propiedad ejerce un rol identificador de dicha relación dentro la sociedad.

Una ulterior aportación a la mencionada postura, se señala en la STC N° 0008-2003-AI/TC, donde el Tribunal Constitucional precisa que:

En lo esencial, se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana, que impulsa al individuo a ubicar bajo “su” ámbito de acción y autoconsentimiento, el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 2003, Fundamento 26 a)

Asimismo, en la STC N° 3782-2004-AA/TC, el mismo órgano establece lo siguiente:

Por otra parte, debido a la existencia de una variada e ilimitada gama de bienes sobre los que puede configurarse la propiedad (urbanos, rurales, muebles, inmuebles, materiales, inmateriales, públicos, privados, etc.), puede hablarse de diversos estatutos de la misma, los que, no obstante asumir matices particulares para cada caso, no significan que la propiedad deje de ser una sola y que, por tanto, no pueda predicarse respecto de la misma elementos

de común configuración. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 3782-2004-AA/TC, 2004, Fundamento 3)

Las discrepancias filosóficas, que caracterizan el Derecho de Propiedad, sobre su matriz iusnaturalista o positiva emergen también en los fundamentos manifestados por el Tribunal Constitucional. Siguiendo la línea de pensamiento de dicho órgano, representa una contradicción en términos que sea un tribunal a dirimir los conflictos de intereses sobre una propiedad, cuando ese derecho es considerado parte de la naturaleza humana, y no creado por la voluntad política del legislador. En realidad, es un tribunal que resuelve un determinado conflicto, en observancia de las leyes vigentes.

Sin perjuicio de lo mencionado, es interesante analizar como el Estado ejerce su rol en relación al Derecho de Propiedad actuado por los privados. Al respecto Gonzales (2010), señala:

Si el derecho constitucional a la propiedad abarca también las agresiones entre privados, entonces las acciones propietarias podrían ventilarse también en sede constitucional, aunque ello represente un dudoso beneficio, pero sí un grave peligro a la seguridad jurídica. Por tanto, parece lógico suponer que este derecho constitucional solamente abarca las agresiones del Estado contra la propiedad privada, y en efecto, la práctica ratifica que la utilidad de la tutela constitucional del Derecho de Propiedad generalmente se circunscribe al ámbito de las relaciones Estado-particulares. Por otro lado, y desde una perspectiva estrictamente procesal, debe tenerse en cuenta que las acciones constitucionales requieren de un derecho “cierto y liquido”, es decir, que éste se encuentre probado prima facie, sin necesidad de mayor discusión o debate. (p.299)

Es oportuno aclarar la diferencia que existe entre un conflicto de intereses entre particulares y, entre particulares y el Estado. Si bien es cierto que, en el primer caso, la vía ordinaria permite discutir y resolver un litis sobre un Derecho de Propiedad; en el segundo caso, resulta oportuna la instancia constitucional, por la desproporción de poderes que existe entre el Estado y los particulares, y por la gravedad que asume una violación de un derecho fundamental por parte del mismo Estado que, en cambio, debería garantizar.

Como se ha evidenciado, el Derecho de Propiedad goza de pleno reconocimiento en ámbito jurídico, sea desde el punto de vista doctrinal, sea su integración expresa en la Carta Magna vigente. Consecuentemente, la falta de inclusión a nivel constitucional del Derecho a la Vivienda, propicia incertidumbre y vacío jurídico, que no puede ser colmado favoreciendo en forma exclusiva el Derecho de Propiedad; sino, equilibrando y garantizando la presencia de ambos derechos fundamentales.

➤ **Del cuestionamiento del carácter absoluto del Derecho de Propiedad.**

Es menester aclarar que, el ordenamiento jurídico nacional presenta herramientas legales que pueden contradecir el carácter absoluto del Derecho de Propiedad. Bajo esta premisa, se encuentran las siguientes instituciones jurídicas, que considero emblemáticas en cuanto a la extinción y adquisición (o pérdida) de la propiedad:

- **Expropiación:** En concordancia con lo dictaminado por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, en el Exp. N.º 03258-2010-PA/TC, en fecha 20 de abril del año 2011, en la elaboración de los fundamentos, se afirma que:

5. No obstante, la protección constitucional del Derecho de Propiedad, el mismo artículo 70º de la Constitución, con fundamento en la prevalencia del bien común, contempla la figura de la expropiación como potestad del Estado; esto es, la privación de la titularidad de ese derecho contra la voluntad de su titular. Por ello, puede considerarse que la propiedad es un derecho que puede ser sacrificado en cualquier momento si así lo exige la seguridad nacional o la necesidad pública, según lo señala el artículo 70º de la Constitución. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N.º 03258-2010-PA/TC, 2011, Fundamento 5)

7. Según el artículo 70º de la Constitución vigente, el acto de expropiación, para que sea constitucionalmente válido, requiere:

- a) Que existan motivos de seguridad nacional o de necesidad pública definidos por el Congreso de la República mediante una ley especial porque la naturaleza de las cosas así lo exige. Los motivos expropiatorios de la Constitución de 1979, en cambio, tenían que fundamentarse en la necesidad y la utilidad públicas o en el interés social.

- b) Que el Estado pague previamente, en efectivo, una indemnización justipreciada que incluya el precio del bien expropiado y la compensación por el eventual perjuicio, que, a su vez, debe ser establecida en el procedimiento expropiatorio. Es decir, que el Estado tiene el deber de indemnizar en forma plena y completa al titular del Derecho de Propiedad privada, por el daño que no tenía el deber de soportar. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N.º 03258-2010-PA/TC, 2011, Fundamento 7)

La legislación nacional regulaba la institución de la expropiación mediante la Ley N° 27117, “*Ley General de Expropiaciones*”, en concordancia con el Artículo 70° de la Constitución Política de 1993; el Artículo 928° del Código Civil y los artículos 519° al 532° del Código Procesal Civil. La misma Ley, modificando los artículos 519° al 532° del Código Procesal Civil, ha establecido que el proceso de expropiación se debe tramitar en la vía del proceso abreviado. Sin perjuicio de lo mencionado, en fecha 21 de mayo del año 2013, se ha aprobado la “*Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura – Ley N° 30025*”; y, posteriormente emendada por el Decreto Legislativo N° 1192 de fecha 23 de agosto del 2015; modificado por el Decreto Legislativo N° 1330 de fecha 05 de enero del año 2017, y a su vez modificado por el Decreto Legislativo N° 1366 de fecha 22 de julio del 2018.

Respecto de la expropiación, el autor considera que es una herramienta que debe ser utilizada con mucha parsimonia. En efecto, se ha creado un verdadero tráfico de terrenos que personas sin escrúpulo organizan con la finalidad de lucrar, abusando de la crónica necesidad de vivienda de algunos sectores sociales excluidos de dicha oportunidad. Y, el Estado, en el afán de recuperar su dominio y evitar conflictos sociales, consciente de su responsabilidad omisiva o cómplice, propone una solución económica al problema, generando una discutible ventaja ilegítima a favor de los invasores. Por tanto, en lugar de desperdiciar valiosos recursos económicos en este modo, sería más favorable impulsar aquellos proyectos urbanísticos públicos finalizados a favorecer el acceso a la vivienda digna y decorosa.

- **Usucapión:** La prescripción adquisitiva de dominio es un mecanismo legal que permite al poseedor de un bien adquirir la propiedad del mismo, siempre y cuando haya cumplido con desarrollar una conducta establecida por Ley en un período de tiempo determinado. La institución de la prescripción permite que se adquiera legalmente la propiedad de un bien mediante la posesión, que debe ser continua, es decir sin interrupciones; pacífica, cuando la posesión es ejercida sin violencia física y moral; pública, porque la posesión debe ser visible por la colectividad, y como propietario. A continuación, se esgrimen los mencionados elementos:

- **Posesión Continua.**

La Posesión Continua se encuentra directamente relacionada con al plazo prescriptorio de la acción de prescripción adquisitiva y a su interrupción; al respecto, el artículo 1996° del Código Civil establece las diferentes causas de interrupción de la prescripción, como se indica a continuación:

- 1.- Reconocimiento de la obligación.
- 2.- Intimación para constituir en mora al deudor.
- 3.- Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente.
- 4.- Oponer judicialmente la compensación. (Código Civil Peruano,1984, Art. 1996°)

- **Posesión pacífica.**

La Corte Suprema sostiene que su interpretación debe efectuarse sobre la base del sentido común del término y no en base a algún sentido técnico jurídico que pueda encontrarse en la doctrina. En ese orden de ideas, la Cas. N° 1126-01 La Libertad, publicada el 30 de mayo del año 2003, ha señalado que:

(...) conforme nos ilustra la Real Academia Española, el término 'pacífico' o 'pacífica' hace referencia a algo 'tranquilo, sosegado, que no provoca luchas o discordias'. En tal sentido, se puede afirmar que la posesión pacífica debe ser entendida como aquella que se ejerce sin perturbación y aceptación de los demás integrantes de la sociedad [...] que en tales linderos de razonabilidad, no se aprecia error alguno en la interpretación [...] de la norma contenida en el artículo novecientos cincuenta del Código Civil [...]; Que, el reconocido Jurista Peruano Aníbal Torres Vásquez en su Libro Código Civil Comentado,

Tomo I séptima Edición, segundo párrafo de la página 996 señala "la clandestinidad excluye la posesión pública. El poseedor no debe temer que su posesión sea conocida por los demás, especialmente por el propietario (...) La posesión debe materializarse en actos que puedan ser conocidos por los demás". (Municipalidad Distrital Cerro Colorado, 2017, p.1)

También la Cas. N° 199-2004 Huaura, publicada el 31 de octubre del año 2005, sostiene que:

Séptimo. - Que, la pacificidad, como presupuesto para acreditar la presente acción, significa que la posesión de quien pretende ser declarado propietario por prescripción debe transcurrir sin generar ningún conflicto con los derechos de los demás; siendo de considerar que dicho precepto legal se vulnera cuando aparece de autos que la posesión ha sido cuestionada a través de algún proceso judicial que se haya instaurado en su contra y en el cual se discuta respecto del bien sub Litis. (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Exp. N° 199-2004 Huaura, 2005, Considerando Séptimo)

o **Posesión como propietario y pública.**

Como indica la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la causa N° 3246 – 2015 Lima, de fecha 25 de enero del año 2017, la posesión como propietario se refiere a:

El animus domini, como elemento subjetivo, equivale a la intencionalidad de poseer como propietario. Esta expresión, se emplea para indicar la voluntad de un sujeto de tratar una cosa como suya. Si bien el fundamento de la prescripción es la posesión, también es fundamento la propiedad o la simple tenencia. (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Exp. N° 3246 – 2015- Lima, 2017, Fundamento Tercero)

Mientras que, la condición de posesión pública se manifiesta cuando “la posesión sea pública ante los demás y que corrobore su condición como tal (con el animus domini)”. (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Exp. N° 3246 – 2015- Lima, 2017, Fundamento Cuarto)

Además, el Tribunal Constitucional en la causa N° 0008-2003-AI/TC, en fecha 11 de noviembre del año 2003, establece que:

El ejercicio del Derecho de Propiedad no es absoluto, e importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar:

- ✓ El Derecho de Propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos.
- ✓ El Derecho de Propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales.
- ✓ El Derecho de Propiedad individual con el orden público y el bien común. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N°0008-2003-AI/TC, 2003, párr. 26 a.)

La prescripción adquisitiva, se encuentra debidamente regulada en la legislación nacional, mediante el artículo 950° del Código Civil, que ordena: “La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe” (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 950°).

Y, por el artículo 952° del mismo cuerpo legal, que señala:

Quien adquiera un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño. (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 952°)

Es oportuno señalar que, según el caso, el proceso de prescripción de dominio puede ser tramitado por la vía judicial mediante un proceso abreviado (artículos 504° y ss. del Código Procesal Civil); como también, por la vía notarial, como señalado en la Ley N° 27157, “*Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de*

Propiedad Común”, y se presenta ante el Notario Público de la provincia en donde se ubica el inmueble.

La usucapión o prescripción adquisitiva es una institución jurídica creada para sancionar al propietario que abandona un bien, a favor del poseionario que ostenta aquellos requisitos argumentados líneas arriba. En el caso objeto de la presente investigación, se debe considerar el conflicto que puede surgir entre el propietario y el poseionario, en los casos de desalojo forzoso, cuando éste utiliza el bien como vivienda.

➤ **De las limitaciones legales de la propiedad: Límites legales a la propiedad por razones de vecindad en interés privado.**

Al respecto Gonzales (2010), sostiene que:

La teoría de las relaciones de vecindad surge en un entorno agrario para regular los problemas cotidianos entre los propietarios de fincas rústicas colindantes. Modernamente, empero, los problemas entre los titulares de las fincas contiguas se multiplican en vista al carácter industrial de nuestra sociedad. El desarrollo tecnológico presenta nuevas y más peligrosas posibilidades de agresión; por otra parte, en una economía fundamentalmente agraria las perturbaciones se limitan a las fincas colindantes, pero en una sociedad industrial la noción de vecindad se amplía. (p. 309)

Y, Gonzales (2010) añade:

Las limitaciones legales por razones de vecindad se fundamentan básicamente en dos tipos de consideraciones:

- a) Una cláusula general de protección, la cual indica que: “la explotación normal de las unidades económicas obliga a tolerar limitaciones recíprocas en el ámbito de las inmisiones o recuperaciones imponderables (ruidos, sacudidas, gases, olores, humos). (p. 310)

Ejemplo:

Art. 961° del C.C.: El propietario, en ejercicio de su derecho y especialmente en su trabajo de explotación industrial, debe abstenerse de perjudicar las propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes. Están prohibidos los humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias. (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 961)

Y, Gonzales (2010) prosigue:

Y, unas cláusulas particulares de protección, las cuales ordenan que: sin que exista reciprocidad, en algunos casos el ordenamiento impone limitaciones a los propietarios con respecto a determinadas facultades de sus fincas, cuyo fin es la mejor explotación de las unidades económicas. (p. 310)

Ejemplos:

Art. 959° del C.C.: “El propietario no puede impedir que en su predio se ejecuten actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas, que eviten o conjuren un peligro actual o inminente, pero se le indemnizará por los daños y perjuicios causados ” (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 959°).

Art. 960° del C.C.: “Si para construir o reparar un edificio es indispensable pasar materiales por predio ajeno o colocar en él andamios, el dueño de éste debe consentirlo, recibiendo indemnización por los daños y perjuicios que se le causen ” (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 960°)

Art. 962° del C.C.: Al propietario de un inmueble no le está permitido abrir o cavar en su terreno pozos susceptibles de causar ruina o desmoronamiento en la propiedad vecina o de perjudicar las plantaciones en ella existentes y puede ser obligado a guardar las distancias necesarias para la seguridad de los predios afectados, además de la obligación de pagar la indemnización por los daños y perjuicios. (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 962°)

Art. 963° del C.C.: Si cerca de un lindero se construye horno, chimenea, establo u otros similares o depósito para agua o materias húmedas, penetrantes, explosivas o radioactivas o se instala maquinaria o análogos, deben observarse las distancias y precauciones establecidas por los reglamentos respectivos y, a falta de éstos, las que sean necesarias para preservar la solidez o la salubridad de los predios vecinos. La inobservancia de esta disposición puede dar lugar al cierre o retiro de la obra y a la indemnización de daños y perjuicios. (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 963°)

Art. 964° del C.C.: “El propietario no puede hacer que las aguas correspondientes al predio discurren en los predios vecinos, salvo pacto distinto” (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 964°).

Como se puede inferir, el mismo Código Civil ha regulado algunos aspectos jurídicos dirigidos a limitar el carácter absoluto del Derecho de Propiedad, en aras de guardar el respeto de derechos de terceros y la mutua convivencia.

➤ **Límites legales a la propiedad por otras causas en interés público.**

Al respecto, Gonzales (2010) afirma:

Una vez más las restricciones legales de este tipo recaen fundamentalmente en los predios, y a diferencia de lo que ocurre en el caso de las “relaciones de vecindad” contenidas en el Código Civil, las restricciones legales por interés público no se ubican normalmente en dicho cuerpo legal, sino más bien en la profusa y dispersa legislación administrativa y municipal. (pp. 316 - 317)

Y, Gonzales (2010) añade:

No es posible emprender aquí el estudio de todos los tipos de limitaciones a la propiedad establecidas en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, podemos utilizar el esquema del profesor colombiano VALENCIA ZEA, quien resume las limitaciones legales a través de la siguiente tipología:

- a) Las limitaciones contenidas en las normas sobre construcción de edificaciones.
- b) Las limitaciones impuestas por razones de tranquilidad pública. Por ejemplo: la prohibición de instalar fábricas en zonas de vivienda.
- c) Las limitaciones impuestas por salubridad y peligro de la actividad industrial.
- d) Las limitaciones impuestas modernamente (durante el siglo XX) en virtud a los fenómenos del urbanismo, zonificación, uso de la tierra, fraccionamiento de predios, conservación de recursos naturales.
- e) Las limitaciones establecidas por razones de defensa nacional.
- f) Las limitaciones fijadas con el objeto de facilitar la prestación de los servicios públicos de agua, desagüe, teléfonos, energía eléctrica.
- g) En el caso de los bienes muebles de primera necesidad, en alguna época (no en la actualidad) se prohibió la especulación y el acaparamiento. (p.317)

El texto citado, señala que las limitaciones al Derecho de Propiedad no son relativas exclusivamente a la relación entre particulares; sino, existen varias limitaciones que se originan de la relación con las entidades públicas. Por tanto, es evidente que el señorío que ejerce el propietario sobre un bien debe ser en concordancia con el bien común, la seguridad, la paz social y la convivencia civil en ámbito comunitario.

➤ **De las restricciones voluntarias de la propiedad.**

Al respecto, Gonzales (2010) afirma que:

Las restricciones voluntarias a la propiedad son limitaciones impuestas por el mismo propietario y que se refieren al ejercicio de alguna facultad que normalmente le corresponde. Una vez extinguida la restricción (por ejemplo: el plazo estipulado) el Derecho de Propiedad nuevamente adquiere su contenido normal. Sin embargo, la gran cantidad de hipótesis que

pueden ingresar dentro de estas “restricciones de la propiedad” aconsejan un estudio tipológico, el cual dividiremos en los siguientes rubros:

- A) Pactos prohibitivos de disponer y gravar bienes.
- B) Pactos restrictivos al ejercicio del Derecho de Propiedad. (p.324)

Sobre los pactos prohibitivos de disponer y gravar bienes, Gonzales (2010), indica:

La prohibición de disponer supone una restricción a la facultad de disposición normalmente atribuida en favor del titular de un derecho subjetivo. La prohibición de disponer excluye la realización por parte del titular de los llamados actos de disposición (transmisión, renuncia abdicativa o traslativa y constitución de derechos reales limitados o gravámenes), pero no los de mera administración. (p.324)

Mientras que, respecto de los pactos restrictivos al ejercicio del Derecho de Propiedad, Gonzales (2010), sostiene que:

[El artículo 926° del Código Civil establece que “Las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo”. Esta norma no tiene antecedentes en nuestro derecho histórico (civil o registral) y representa una autentica incógnita su ámbito de aplicación. ARIAS SCHEREIBER explica la norma antes citada en los siguientes términos: “Se trata de un dispositivo destinado a proteger el derecho de terceros respecto a las restricciones a la propiedad que emanan de la voluntad de las partes y que no están impuestas por la ley por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social. En efecto, nada impide que se establezcan restricciones al ejercicio de los derechos reales en la medida que no infrinjan la norma vigente del artículo 925. Siendo esto así y en protección del derecho de los terceros, el artículo 926 exige que se realice su inscripción en el Registro respectivo, pudiendo ser el que corresponde a la propiedad inmueble y mueble”. Resulta paradójica la opinión transcrita, en cuanto se dice que nada impide el establecimiento de restricciones al ejercicio de los derechos reales, cuando en realidad el mismo Código acoge el “numerus clausus” en esta materia, lo cual es concordante con el art. 882 que sanciona con nulidad los pactos prohibitivos de enajenación o gravamen de bienes. (p.327)

Y, Gonzales (2010) prosigue:

(...) los pactos restrictivos del dominio (voluntarios) carecen de eficacia real al encontrarse en contradicción a la noción liberal de propiedad establecida en el Código de 1984, lo cual busca potenciar la libre circulación de los bienes y de la riqueza. (...) En nuestra opinión, esta norma debe interpretarse de acuerdo al principio técnico del “*numerus clausus*” y, en consecuencia, su carácter abierto debe complementarse con las únicas restricciones a la propiedad que son admitidas en nuestro ordenamiento, cuales son, los derechos reales tipificados, así como a los pactos con eficacia real establecidos expresamente por la ley. (p. 328)

Gonzales (2010) concluye, afirmando:

En suma, no siendo posible establecer en nuestro sistema jurídico prohibiciones de enajenar y gravar, o sustituciones fideicomisarias, ni pudiéndose tampoco crear voluntariamente derechos reales atípicos o innominados, **ES OBVIO Y EVIDENTE** que esta norma incluye dentro de las “restricciones de la propiedad” **SOLAMENTE** a los derechos reales limitados y de garantía contemplados taxativamente por la ley (usufructo, uso, habitación, superficie, servidumbres, hipoteca, anticresis), así como los pactos con eficacia real expresamente reconocidos por nuestro ordenamiento (retroventa, reserva de dominio). Esta interpretación sistemática de los arts. 926, 881 y 882 del Código Civil, nos lleva a rechazar que exista libertad para estipular cualquier restricción a la propiedad. (p. 329)

Consecuentemente, surgen dos reflexiones: la primera, relativa propiamente a los pactos restrictivos del Derecho de Propiedad. Aquí se nota claramente que la Ley limita la voluntad del propietario, el cual puede disponer del bien dentro el marco cerrado que rige los derechos reales (*numerus clausus*) y debidamente inscritos ante los Registros Públicos, para que se aplique el principio de inoponibilidad. Por tanto, una vez más, se confirma que el Derecho de Propiedad no es absoluto. La segunda reflexión surge del mismo autor citado, en cuanto justifica la carencia de eficacia real de los pactos restrictivos del dominio (voluntarios), porque se encuentran en contradicción con el concepto liberal de propiedad fijada en el Código Civil del año 1984, que pretende impulsar la libre circulación de los bienes y de la riqueza. Consecuentemente, nos encontramos ante el dilema si la Constitución Política del 1993, que

fomenta una economía social de mercado, ha priorizado el Derecho de Propiedad omitiendo el Derecho a la Vivienda, para conformarse con la visión establecida previamente por el Código Civil; o, para camuflar su real naturaleza liberal y netamente de mercado. En ambos casos, se considera que existen puntos críticos de convivencia entre la visión económica planteada en la Carta Constitucional vigente y el Código Civil del 1984; y que también, se reflejan entre los derechos constitucionales materia del presente estudio.

2.2.4 Proyectos de Ley.

En fecha 13 de septiembre del año 2018, el congresista Mártires Lizana Santos, en representación de otros congresistas signatarios, presenta el Proyecto de Ley N° 3371/2018 – CR, mediante el cual solicita la incorporación en la actual Constitución Política del derecho fundamental de cada ciudadano a contar con una vivienda digna y adecuada. A la letra indica:

Artículo 1° . - Objeto de la Ley: Es objeto de la presente Ley modificar el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, a fin de incorporar como derecho fundamental de las personas el derecho a una vivienda digna y adecuada y a un hábitat saludable, sostenible y seguro para el desarrollo de su vida. (Lizana, Proyecto de Ley N° 3371/2018 – CR, 2018, Artículo 1°)

Artículo 2° . - Modificación constitucional: Modificase el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú en los siguientes términos:

Artículo 2° . - Toda persona tiene derecho: 22. A una vivienda digna y adecuada, a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. (Lizana, Proyecto de Ley N° 3371/2018 – CR, 2018, Artículo 2°)

Los congresistas representados por Mártires Lizana Santos, proponen reintroducir el Derecho a la Vivienda en la Carta Constitucional, subrayando su carácter fundamental.

En fecha 18 de septiembre del año 2018, el congresista Lucio Ávila Rojas, en representación de otros congresistas signatarios, presenta el Proyecto de Ley N° 3395/2018 – CR, mediante el cual solicita que sea reconocido constitucionalmente el Derecho a la Vivienda digna y

adecuada, promover programas públicos y privados y su debido financiamiento para concretizar el mencionado derecho. En tal sentido, el Proyecto de Ley ha sido plasmado de la siguiente forma:

Artículo Único. Modificación del artículo 7° de la Constitución Política del Perú:

Adicionase un segundo párrafo al artículo 7° de la Constitución Política del Perú, conforme al texto siguiente:

Artículo 7°: (...) Todos tienen derecho al acceso a una vivienda digna, el Estado promueve la ejecución de programas públicos y privados de urbanización y de vivienda, así como el financiamiento público o privado para hacer efectivo este derecho. (...). (Ávila, Proyecto de Ley N° 3395/2018 – CR, 2018, Artículo Único)

El referido proyecto de ley amplía sensiblemente la modificación de la Carta Constitucional, añadiendo la propuesta de impulsar políticas de Estado, a favor del sector público y privado, para concretizar efectivamente el Derecho a la Vivienda con programas *ad hoc*.

En fecha 07 de noviembre del año 2018, la congresista Marisa Glave Remy, en representación de otros congresistas signatarios, presenta el Proyecto de Ley N° 3609/2018 – CR, mediante el cual solicita la incorporación constitucional del derecho a gozar de una vivienda digna y adecuada, incluyendo el acceso a los servicios básicos y la correspondiente infraestructura pública necesaria. Para que se concrete tal derecho, se indica que el Estado debe promover iniciativas públicas y privadas de vivienda social, implementar los debidos sistemas de financiamiento y contar con la participación de la ciudadanía. Al respecto, se propone la incorporación del artículo 7-B en la Constitución Política del Estado, en los siguientes términos:

El Estado reconoce y garantiza el derecho a una vivienda digna y adecuada, ello comprende el acceso a los servicios básicos e infraestructura pública necesaria. El Estado promueve las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho, mediante programas públicos y privados de vivienda de interés social y otros sistemas de financiamiento de programas de vivienda y urbanización, debiendo contar con la participación de los ciudadanos de acuerdo a ley. (Glave, Proyecto de Ley N° 3609/2018 – CR, 2018, Artículo Único)

En la exposición de motivos del presente Proyecto de Ley, se hace referencia a la problemática de las invasiones de terrenos eriazos, o contiguos a riberas, o de importancia ambiental en general, entre otros, subrayando la informalidad con la cual algunos sectores de la población solucionan su problema de contar con una vivienda.

Por tanto, el reconocimiento expreso en la misma Constitución del Derecho a la Vivienda digna y adecuada tiene, entre otras justificaciones, la finalidad de evitar invasiones, informalidad y el tráfico de terrenos, en beneficio de todos los ciudadanos; y, prevenir medidas extremas, como los desalojos forzosos.

En fecha 31 de enero del año 2019, la congresista Mercedes Rosalba Aráoz Fernández presenta el Proyecto de Ley N°3875/2018 – CR, en relación a la propuesta de establecer la garantía quinquenal en ámbito de las construcciones. En el presente Proyecto de Ley se hace referencia en su Capítulo IV de la exposición de motivos, a los lineamientos de políticas nacionales trazados por el Foro de Acuerdo Nacional, que establecen la responsabilidad social del Estados hacia el desarrollo de la infraestructura y de la vivienda, para garantizar un entorno saludable y adecuado; además, en el Capítulo VII menciona y argumenta, la necesidad de garantizar la protección del Derecho a la Vivienda digna (Aráoz, Proyecto de Ley N°3875/2018 – CR, 2018, Cap. IV y VII).

El mencionado Proyecto de Ley plantea una problemática adicional respecto a la coexistencia de diferentes derechos constitucionales. A tal propósito, se plantea la propuesta de aplicar el correspondiente Test de Proporcionalidad, que incluye los Principios de Proporcionalidad en sentido estricto o Ponderación, de idoneidad y necesidad para armonizar los derechos fundamentales implicados caso por caso, en concordancia con la problemática y argumentación plasmada en el presente trabajo de investigación.

2.2.5 Programas y proyectos nacionales.

Al respecto, se indica la legislación más relevante promulgada, en relación al impulso por parte de las instituciones estatales, de programas y proyectos dirigidos a propiciar el acceso a la vivienda digna y adecuada.

Fondo Mivivienda.

El Fondo Hipotecario de Promoción de la Vivienda - Fondo MIVIVIENDA, se creó en el año 1998, mediante la Ley N° 26912, convirtiéndose en Sociedad Anónima (S.A.) el 01 de enero del 2006, en virtud de la Ley de Conversión, Ley N° 28579, y según lo señalado en el Decreto Supremo N° 024-2005-VIVIENDA. De acuerdo a la Ley N° 28579, el Fondo MIVIVIENDA S.A. se convierte en una empresa estatal de derecho privado, comprendido bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE y, adscrito al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. El Fondo MIVIVIENDA S.A. tiene por objeto, dedicarse a:

- la promoción y financiamiento de la adquisición, mejoramiento y construcción de viviendas, especialmente las de interés social,
- la realización de actividades relacionadas con el fomento del flujo de capitales hacia el mercado de financiamiento para vivienda,
- la participación en el mercado primario y secundario de créditos hipotecarios, así como a contribuir al desarrollo del mercado de capitales.

Asimismo, mediante el Decreto Legislativo N° 1037, publicado el 25 de junio del 2008, se estableció que, en el ejercicio de su objeto social y a efectos de incrementar la oferta de viviendas de interés social, el Fondo MIVIVIENDA S.A. podrá promover la oferta de financiamientos para las inversiones en habilitación urbana, pudiendo a su vez financiar las mismas. (Fondo Mivivienda, 2019, Marco Legal, Fondo Mivivienda).

Proyecto Techo Propio.

Mediante Resolución Ministerial N° 054-2002-VIVIENDA, se crea el Programa Techo Propio en el ámbito del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. El Programa Techo Propio tiene por objetivo:

- promover los mecanismos que permitan el acceso de los sectores populares a una vivienda digna, en concordancia con sus posibilidades económicas, y

- estimular la participación del sector privado en la construcción masiva de viviendas de interés social. (Fondo Mivivienda, 2019, Marco Legal, Proyecto Techo Propio)

El proyecto “Techo Propio”, a partir del año 2019, ha sido enlazado al programa Bono Mi Alquiler.

Bono del Buen Pagador.

Mediante la Ley N° 29033, publicada el 7 de junio del 2007, se creó el Bono del Buen Pagador como una de las acciones de política de acceso a la vivienda, cuyo Reglamento fuera aprobado por el Decreto Supremo N° 003-2008-VIVIENDA. Mediante el Decreto Legislativo N° 1037, publicado el 25 de junio del 2008, se dispuso que el valor del inmueble a adquirir, debería ser mayor a catorce (14) UIT y no exceder de veinticinco (25) UIT. El Bono del Buen Pagador consiste en la ayuda económica directa no rembolsable. Se otorga a las personas que cumplen con pagar sus cuotas derivadas del crédito MIVIVIENDA, por el monto máximo de S/. 10,000.00. Las condiciones son determinadas por el Fondo MIVIVIENDA S.A., a través de las Instituciones Financieras. El objetivo es incentivar y promover el cumplimiento oportuno de los pagos mensuales del crédito MIVIVIENDA otorgado en Nuevos Soles. (Fondo Mivivienda, 2019, Marco Legal, Bono del Buen Pagador)

Bono Familiar Habitacional.

A fin de asistir a los sectores populares en la adquisición, construcción o mejoramiento de una vivienda de interés social, mediante Ley N° 27829, se creó el Bono Familiar Habitacional. Es un subsidio otorgado por única vez a los beneficiarios sin cargo a ser devuelto por éstos, como un incentivo y complemento de su ahorro y esfuerzo constructor, a fin de destinarlo a la adquisición, construcción en sitio propio o mejoramiento de una vivienda de interés social en el Marco del Programa Techo Propio. Los beneficiarios del Bono Familiar Habitacional, son las familias que carecen de recursos suficientes para obtener o mejorar una única solución habitacional. Por este motivo existen criterios mínimos de selección como el ingreso familiar mensual máximo, el ahorro mínimo, y las características de la vivienda de interés social. El Fondo MIVIVIENDA S.A. es el encargado de la administración y otorgamiento del Bono Familiar Habitacional, previo proceso de promoción, inscripción, registro, verificación de información y calificación de postulaciones. El Decreto Legislativo N° 1037, estableció que el

valor máximo de una Vivienda de Interés Social (VIS) sería equivalente a catorce (14) UIT. (Fondo Mivivienda, 2019, Marco Legal, Bono Familiar Habitacional)

El Estado, en los últimos años, frente a la problemática de facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada para todos los ciudadanos, ha implementado varios proyectos dirigidos a subsidiar la compra o alquiler de una vivienda. Considerando la deficiencia crónica que vive el Perú, en cuanto a calidad y cantidad de viviendas que reúnen los elementos para considerarlas dignas y adecuadas, se considera que las políticas de los bonos, es totalmente equivocada (además, no llega a solucionar la problemática con proyectos adecuados y eficientes).

Si el Estado puede contar con recursos económicos para apoyar a los ciudadanos en la compra o alquiler de una vivienda, sería mejor que sean utilizados para proyectos de construcciones públicas, que satisfagan el acceso a viviendas dignas y adecuadas y que fomenten un círculo virtuoso en beneficio de las mismas instituciones públicas. En cambio, la política de los bonos, simple y llanamente, es un mero subsidio al mercado inmobiliario de sujetos privados.

2.2.6 Jurisprudencia Nacional Relevante.

CASO 1. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del caso identificado con Expediente N° 00011-2010-PI/TC de fecha 14 de junio del año 2011, referente a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 32 Congresistas de la República contra los artículos 1.11 y 6 de la Ordenanza N° 1020 - MML, que modifica la zonificación de los usos del suelo del Cercado de Lima, aprobada por la Ordenanza N° 893 – MML, en forma muy escueta y lagunosa, dirime un conflicto de intereses en el cual se contraponen el Derecho a la Vivienda y/o, alternativamente, el Derecho de Propiedad de unos ciudadanos en la ciudad de Lima, ante el Derecho de Propiedad y la facultad del mismo Estado de cambio de uso de un territorio, por razones de seguridad, alegando que sea la Municipalidad de Lima a coordinar y garantizar conforme Ley la reubicación de los ciudadanos afectados por la sentencia. Dichas lagunas, en merito a una fundamentación más adecuada y consistente de la sentencia, han sido oportunamente subsanadas por los magistrados Eto Cruz y Vergara Gotelli, como se indica a continuación:

Fundamento de voto del magistrado Eto Cruz.

El Magistrado Eto Cruz, en forma sapiente, elabora un razonamiento lógico – jurídico que permite entender todos los aspectos que entrañan el Derecho a la Vivienda. Explica cuanto éste sea íntimamente conexo con la dignidad del hombre y entrelazado con otros derechos fundamentales que completan la naturaleza humana. Además, citando la legislación internacional, contextualiza el Derecho a la Vivienda dentro la realidad, enmarcando los aspectos jurídicos y facticos que permiten proteger los individuos ante un posible desalojo forzoso, sea éste propiciado por un sujeto público o privado. Y, en referencia a la legislación nacional, pone en relieve que el Derecho a la Vivienda tiene rango constitucional mediante los arts. 1º, 3º y la Cuarta disposición Transitoria y Final de la Constitución Política vigente, en concordancia con el planteamiento argumentado en el presente estudio. Gracias a la mencionada intervención del magistrado Eto Cruz, se ha elevado a nivel nacional la discusión del Derecho a la Vivienda en ámbito constitucional, creando un relevante antecedente. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 00011-2010-PI/TC, 2011, Fundamento de voto del magistrado Eto Cruz)

Voto singular del magistrado Vergara Gotelli.

El magistrado Vergara Gotelli, en su argumentación, propicia dos importantes reflexiones. La primera, respecto a la falta de carácter absoluto del Derecho de Propiedad, que conlleva la herramienta legal de la expropiación para fines de seguridad nacional o necesidad pública. Por tanto, hay que considerar y ponderar las finalidades con las cuales se quiere justificar un desalojo, sea esto legal o ilegal, frente al Derecho a la Vivienda que ostentan un individuo o familia. Segundo, pone el acento sobre la realidad nacional, en cuanto a la informalidad difusa relacionada al Derecho de Propiedad de un bien inmueble y la necesidad crónica en todo el país de contar con una vivienda, considerando las situaciones socio económicas en la cual se encuentra imbuida la sociedad peruana; y que, tales condiciones, son caldo de cultivo para futuros conflictos que pueden desembocar en desalojos forzosos. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 00011-2010-PI/TC, 2011, voto singular del magistrado Vergara Gotelli)

CASO 2. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del caso identificado con Expediente N° 0007-2012-PI/TC de fecha 26 de octubre del año 2012, referente a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra la Ley N° 29625 - Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores

que contribuyeron al mismo, además de utilizar algunos argumentos esgrimidos en la sentencia anteriormente citada, ha aclarado lo siguiente:

65. Ahora bien, la satisfacción del Derecho a la Vivienda de los fonavistas que carezcan de un acceso al mismo, no se puede medir solo en el sentido de la ausencia de un "techo sobre la cabeza", sino que los componentes de este derecho suponen también las condiciones adecuadas de habitabilidad de dicha vivienda y las condiciones externas de adecuación, como los factores culturales, y al acceso a servicios básicos. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0007-2012-PI/TC, 2012, Fundamento 65)

66. En consecuencia, cuando el Estado recomponga el fondo del FONAVI en lo que corresponde a los aportes de los empleadores, el Estado u otros, con el fin de destinarlo a la satisfacción del Derecho a la Vivienda de aquellos fonavistas que no tienen un acceso adecuado a ella, puede y debe tener en cuenta todos los elementos que componen el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la vivienda. Es decir, los fondos recompuestos pueden destinarse tanto a la seguridad jurídica de la tenencia, a las condiciones de habitabilidad de la vivienda, a la habilitación de obras públicas que permitan tener servicios básicos a dichas viviendas, a la adecuación cultural, entre otros componentes del derecho. Como elemento determinante para la ejecución de inversión en vivienda, que se desprenda del fondo colectivo, el Estado deberá tomar en cuenta, de acuerdo a un enfoque de derechos humanos, la priorización de los elementos mínimos del Derecho a la Vivienda, como también la priorización de las poblaciones vulnerables o que gozan de especial protección constitucional. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0007-2012-PI/TC, 2012, Fundamento 66)

68. Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que corresponde emitir una sentencia interpretativa que, a la par de preservar una necesaria conducta de deferencia hacia una ley aprobada por referéndum, permita salvar la constitucionalidad de la misma, haciéndola compatible con la Constitución. En consecuencia, corresponde interpretar que allí adonde el artículo 1° de la Ley N°29625 establece abonar a favor de cada trabajador beneficiario "los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros en la proporción que les corresponda debidamente actualizados", deberá entenderse que dicha devolución se destinará a la satisfacción de la necesidad básica de vivienda a los fonavistas que así lo requieran por su falta de acceso adecuado a este derecho fundamental, en los términos

contemplados en los fundamentos 63, 66 y 67. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0007-2012-PI/TC, 2012, Fundamento 68)

2. **INTERPRETAR** el artículo 1° de la Ley N° 29625, en el sentido de que la devolución de "los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros en la proporción que les corresponda debidamente actualizados", se destinará a un fondo colectivo y solidario, con el objeto de lograr la satisfacción de la necesidad básica de vivienda de los fonavistas que así lo requieran por su falta de acceso adecuado a este derecho fundamental, en los términos contemplados en los fundamentos 63, 66 y 67 de la presente sentencia. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0007-2012-PI/TC, 2012, Num.2, Parte Resolutiva)

Como señalado en la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, el Derecho a la Vivienda es uno de rango fundamental e inherente a la dignidad de la persona; por tanto, merecedor de ser protegido, garantizando a aquellos ciudadanos que, como en el caso de los Fonavistas, a tal derecho recurren. Además, se subraya que, el Derecho a la Vivienda no consiste solamente en tener un techo, sino abarca aquellos servicios colaterales a la misma vivienda (servicios básicos, acceso a transporte, educación, salud, etc.); así como, aquellos derechos a ello entrelazados, como el nivel de habitabilidad de la vivienda y la seguridad jurídica de la tenencia frente a casos de desalojo forzoso. En fin, hay que subrayar que, no existe mayor jurisprudencia respecto el tema objeto de la presente investigación, porque el Derecho a la Vivienda no se encuentra expresamente regulado como uno de rango constitucional; por tanto, carece de aquellas herramientas sustantivas y adjetivas para reclamar el cumplimiento del referido derecho en las instancias judiciales pertinentes.

2.2.7 De los Desalojos Forzosos.

Los desalojos forzosos son definidos por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) de las Naciones Unidas, como:

El hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. (CDESC, 1997, párr. 3)

La ACNUDH - Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Folleto Informativo N° 21/Rev.1 del año 2010, define los desalojos forzosos en la siguiente forma:

(...) pueden considerarse una violación grave de los derechos humanos y una violación prima facie del derecho a una vivienda adecuada. Los desalojos en gran escala pueden justificarse generalmente sólo en las circunstancias más excepcionales y si se los lleva a cabo de conformidad con los principios aplicables del derecho internacional. (ACNUDH, 2010, p.5)

Además, el CDESC (1991) considera que “las instancias de desahucios forzados son prima facie incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional ” (párr.18).

Por tanto, los desalojos forzosos representan una real amenaza a los Derechos Humanos y, más aun, al Derecho a la Vivienda. Consecuentemente, dentro el cuadro de reconocimiento y protección de tales derechos, las instituciones internacionales han dedicado una importante labor regulativa, finalizada a solicitar los Estados Partes a implementar su propia legislación y políticas públicas, aptas a prevenir y eliminar el uso de los desalojos forzosos.

En su Folleto Informativo N° 25/Rev.1 del año 2014, sobre los desalojos forzosos, la ACNUDH indica detalladamente las condiciones que pueden propiciarlos, que son:

- Proyectos urbanos y rurales de desarrollo, como presas o carreteras;
- Minería, actividades extractivas y otras actividades industriales;
- Embellecimiento de ciudades, renovación/transformación urbana, incluida la prevención de desastres;
- Zonificación, planificación urbana y espacial;
- Mega acontecimientos, como los grandes acontecimientos internacionales y deportivos;
- Adquisiciones y arrendamientos de tierras a gran escala;
- Privatización y/o especulación en los sectores de la vivienda y la tierra;
- Falta de seguridad jurídica de la tenencia, legislación protectora o implementación;

- Cambios relacionados con la vivienda y la tierra en los países en transición hacia una economía de mercado;
- No expedición o no reconocimiento de los títulos de propiedad de la tierra y la vivienda, incluidas las reclamaciones de tierras sin resolver;
- Eliminación de los tugurios y criminalización de la pobreza;
- Corrupción y colusión entre los intereses públicos y privados;
- Actividades del sector inmobiliario y las empresas privadas, incluidos el acoso inmobiliario y los préstamos fraudulentos;
- Acaparamiento de tierras, en particular por grupos armados y para-militares;
- Leyes y prácticas discriminatorias, en particular en relación con la herencia;
- Establecimiento en asentamientos informales debido a la pobreza o el desplazamiento por causas naturales o humanas, la migración del campo a las ciudades u otras causas;
- Falta de asequibilidad y gentrificación;
- Impago del alquiler o el préstamo hipotecario/ejecuciones hipotecarias;
- Violencia doméstica o malos tratos;
- Tenencia de la vivienda vinculada a los permisos de trabajo (por ejemplo, en el caso de los trabajadores domésticos o estacionales);
- Conflictos políticos y étnicos que utilizan el desalojo, la demolición de viviendas y el desplazamiento como arma de guerra, con fines de limpieza étnica y desplazamientos de población;
- Conflictos armados internacionales y no internacionales y establecimiento de hogares de civiles como objetivos, en particular como forma de castigo colectivo;
- Las denominadas medidas de lucha contra el terrorismo;
- Actividades de mantenimiento del orden público punitivas y de represalia. (ACNUDH, 2014, pp. 3-4)

La complejidad de la realidad social, relacionada al fenómeno de los desalojos forzados, está plásticamente representada en ese listado. Si el Estado peruano prosigue en su evidente omisión en cumplir con implementar políticas dirigidas a propiciar el acceso al Derecho a la Vivienda, es solamente cuestión de tiempo que se manifiesten, totalmente o en parte, las condiciones arriba mencionadas.

Respecto a los proyectos de desarrollo financiados por instituciones internacionales en los territorios de los Estados pertenecientes al CDESC, el mismo Comité en su Observación General N° 7 del año 1997 afirma que:

(...) los organismos internacionales deberían evitar escrupulosamente toda participación en proyectos que, por ejemplo [...] fomenten o fortalezcan la discriminación contra individuos o grupos contraria a las disposiciones del Pacto, o que entrañen la expulsión o desplazamiento en gran escala de seres humanos sin proporcionarles toda la protección y compensación adecuadas [...] En cada una de las fases de los proyectos de desarrollo debería hacerse todo lo posible para que se tengan en cuenta los derechos reconocidos en los Pactos. (CDESC, 1997, párr.17)

Bajo estos lineamientos, en su estudio titulado “*Desalojos en América Latina: los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Perú*”, comentando el mencionado párrafo del Folleto N° 25/Rev.1 del año 2014 del CDESC arriba mencionado, COHRE (2006), afirma que:

Los desalojos forzosos contienen siempre un elemento de fuerza o coacción. Las órdenes de lanzamiento, judiciales o no, casi siempre se dictan antes del desalojo forzoso o de modo simultáneo. Esto no siempre ocurre en el caso del desplazamiento interno. Casi todos los desalojos forzosos se planean, se formulan y a menudo, se anuncian con anterioridad. (pp.16-17)

Y, COHRE (2006) añade:

Los desalojos forzosos pueden afectar tanto a particulares como a grupos de personas y pueden ocurrir en gran o en pequeña escala. El punto de partida para el examen de esta práctica deben ser las repercusiones directas de los desalojos forzosos en los derechos humanos de las personas y grupos afectados. (p.17)

Se hace referencia a la naturaleza violenta de los desalojos forzosos, que pueden ser perpetrados en contra de individuos, familias o grupos de personas que sufren, adicionalmente, el abuso de otros Derechos Humanos relacionados al Derecho a la Vivienda. Considerando la realidad nacional peruana, es necesario implementar políticas de prevención para evitar el

estallido de nuevos conflictos sociales provocados por la falta crónica de viviendas dignas y decorosas.

Para profundizar el tema, por lo que concierne los desalojos forzosos como forma de violación de los Derechos Humanos, COHRE (2006) indica que:

Cuando ocurre un desalojo, frecuentemente este acontecimiento está directamente vinculado con cuestiones como la tierra, la propiedad, el acceso a los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento, la salud, la pobreza, las cuestiones de género, los niños, los pueblos indígenas, las minorías y grupos vulnerables; y principalmente, la seguridad de la tenencia, la seguridad de la vivienda y la seguridad de la persona. (p.18)

Las consecuencias de los desalojos forzosos, hasta su simple amenaza, se repercuten en toda la esfera vivencial de un individuo, sea éste adulto o menor de edad, en su vida familiar y comunitaria, su estabilidad laboral, salud y educación.

El Estado debe garantizar las condiciones que permiten realizar sus principales finalidades, como la seguridad y paz social, implementando programas de construcciones públicas para evitar aquellos conflictos sociales provocados por la necesidad de la población de poder vivir en una vivienda digna. Dentro el mencionado marco factico y jurídico, los desalojos forzosos se pueden considerar como una violación del Derecho a la Vivienda. Sin embargo, el COHRE ha identificado y sistematizado aquellas circunstancias excepcionales que pueden justificar un desalojo forzoso, según los lineamientos establecidos por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en su Folleto Informativo N° 25. Al respecto, COHRE (2006) señala:

- a) declaraciones, ataques o tratos racistas o discriminatorios de algún otro modo de un arrendatario o residente contra otro;
- b) la destrucción injustificable de bienes de alquiler;
- c) la persistente morosidad en el pago del arrendamiento a pesar de que se ha demostrado la capacidad de pago y sin que medie el incumplimiento de los deberes del propietario en cuanto a la habitabilidad de la vivienda;

- d) una persistente conducta antisocial que amenaza, hostiga o intimida a los vecinos o una conducta continua que amenaza la sanidad o la seguridad públicas;
- e) una conducta claramente delictiva, tipificada en la ley, que amenaza los derechos ajenos;
- f) la ocupación ilícita de una propiedad que está habitada en el momento de la ocupación;
- g) la ocupación de tierras o viviendas de las poblaciones ocupadas por los nacionales de una Potencia ocupante. (p.19)

Consecuentemente, según indica COHRE (2006):

Para que el desalojo forzoso sea legal debe reunir los elementos necesarios para que sea compatible con las normas internacionales de Derechos Humanos. El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ha establecido las reglas específicas en materia de desalojos forzosos en la Observación General N° 7. Así, frente a un desalojo tenemos los siguientes derechos:

- 1) A disponer de todos los recursos jurídicos apropiados.
- 2) A que se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación a que el desalojo pueda dar lugar.
- 3) A que se estudien, conjuntamente con los afectados, todas las demás posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza, antes de que se lleve a cabo cualquier desalojo forzoso.
- 4) A la debida indemnización en caso de ser privados de bienes personales inmuebles.
- 5) A contar con las debidas garantías procesales, entre ellas:
 - a) disponer de una auténtica oportunidad procesal para que se consulte a las personas afectadas;
 - b) disponer de un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo;

- c) que se nos facilite a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas;
- d) contar con la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas;
- e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo;
- f) que el desalojo no se produzca cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas lo permitan expresamente;
- g) que se les ofrezcan recursos jurídicos a los afectados;
- h) que se les ofrezca asistencia jurídica, siempre que sea posible, a quienes necesiten pedir reparación a los tribunales.

6) Derecho a que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas (según sea el caso), si las personas afectadas no disponen de recursos económicos suficientes. (pp.19 - 20)

La normativa internacional ha logrado definir y reglamentar los desalojos forzosos. Es necesario aclarar que no todo desalojo se considera ilegal; sino, debe reunir aquellos requisitos arriba mencionados, para que sea dentro el marco legal y no afecte los Derechos Humanos de los individuos.

De las obligaciones de los estados en relación con los desalojos forzosos.

Las instituciones internacionales también se han pronunciado en mérito a las obligaciones de los Estados Partes en relación a los desalojos forzosos. A tal propósito, en su Observación General N° 7, CDESC (1997) afirma que:

3. El empleo de la expresión "desalojos forzosos" es en cierto modo problemático. Esta expresión pretende transmitir el sentido de arbitrariedad e ilegalidad. (...). Tal como se emplea en la presente Observación general, el término "desalojos forzosos" se define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados

legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. (párr.3)

4. La práctica de los desalojos forzosos está muy difundida y afecta a las personas tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo. Dadas la interrelación y la interdependencia que existen entre todos los derechos humanos, los desalojos forzosos violan frecuentemente otros derechos humanos. (párr.4)

5. Aunque la práctica ante los desalojos forzosos parece darse principalmente en zonas urbanas densamente pobladas, también se produce en relación con traslados forzados de población, desplazamientos internos, reasentamientos forzados en caso de conflicto armado, éxodos en masa y movimientos de refugiados. En todas estas circunstancias puede haber una violación del derecho a una vivienda adecuada y a la protección contra el desalojo forzoso a causa de una serie de actos u omisiones atribuibles a los Estados Partes. (párr.5)

7. Hay otros casos de desalojos forzosos que tienen lugar en nombre del desarrollo. Pueden efectuarse en relación con conflictos sobre derechos de tierras, proyectos de desarrollo e infraestructura como, por ejemplo, la construcción de presas u otros proyectos energéticos en gran escala, la adquisición de tierras para programas de renovación urbana, rehabilitación de viviendas o embellecimiento de ciudades, el desbroce de tierras para fines agrícolas, la especulación desenfrenada de terrenos o la celebración de grandes acontecimientos deportivos tales como los Juegos Olímpicos. (párr.7)

8. (...) dada la naturaleza de la práctica de los desalojos forzosos, la referencia en el párrafo 1 del Art. 2º [del PIDESC] al logro progresivo de tales derechos basándose en los recursos disponibles rara vez será pertinente. El propio Estado deberá abstenerse de llevar a cabo desalojos forzosos y garantizar que se aplique la ley a sus agentes o a terceros que efectúen desalojos forzosos (tal como se definen en el párrafo 3 supra). Este planteamiento se ve reforzado además por lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que complementa el derecho a no ser desalojado forzosamente sin una protección adecuada. En esa disposición se reconoce, entre otras cosas, el derecho a la protección contra "injerencias arbitrarias o

ilegales" en el domicilio propio. Es de señalar que la obligación del Estado de garantizar el respeto de ese derecho no está condicionada por consideraciones relativas a los recursos de que disponga. (párr.8)

El Comité subraya como el Estado, aunque tenga expedito el derecho a desalojar, debe respetar la integridad física y moral de los sujetos afectados, evitando cualquier forma de injerencia en la vida privada de éstos, sean como individuos, que como integrantes de un grupo familiar.

Además, CDESC (1997) enfoca no solamente la obligación por parte del Estado de proteger y garantizar los Derechos Humanos dentro de un desalojo forzoso; sino, llama a la atención los Estados Partes a adecuar su legislación en tal sentido, en aras de prevenir los desalojos forzosos, a través de las correspondientes políticas nacionales, con la finalidad de dar una solución concreta a la falta de oportunidad de acceso a la vivienda digna para todos. Por tanto, se considera que el Estado peruano ha totalmente obviado a dicha obligación, dejando que sea el mercado a solucionar dicha problemática, con las evidentes consecuencias sociales que propician los actos de invasión de terrenos o, en su defecto, la exclusión de parte de la población al acceso a una vivienda digna y decorosa.

Y CDESC (1997), subraya que, los desalojos forzosos afectan la población más frágil y que puede sufrir traumas permanentes en su vida, como por ejemplo los niños. Es un fenómeno que no limita sus efectos solamente a una cuestión de arraigo habitacional, sino incluye aspectos totalizantes de la persona, como la salud física y emocional, cuyos reflejos se manifiestan en la estabilidad y convivencia civil de la sociedad en su conjunto.

En fin, CDESC (1997) indica que, la práctica de la consulta previa de la población afectada por un desalojo forzoso debe ser de carácter común por los Estados, para evitar el uso de la fuerza.

En ese sentido, la Ley N°29785, *Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios*, representa un esfuerzo por parte del Estado de buscar un diálogo con la comunidad afectada en sus derechos, a causa de medidas legislativas o administrativas, para evitar conflictos sociales y establecer un diálogo constructivo con la población.

En relación a las salvaguardias en caso de desalojo forzoso, ACNUDH (2010) afirma que:

Si el desalojo puede estar justificado debido a que el locatario persistentemente no cumple con el pago del alquiler o daña el inmueble sin causa razonable, el Estado debe asegurar que se lo efectúe de manera lícita, razonable y proporcionada, y de conformidad con el derecho internacional. Las personas desalojadas deben tener acceso a reparaciones y recursos jurídicos efectivos, incluida una indemnización adecuada por el patrimonio real o personal afectado por el desalojo. Los desalojos no deben tener como resultado dejar sin hogar a las personas o exponerlas a otras violaciones de los derechos humanos. En general, las normas internacionales de derechos humanos exigen que los gobiernos exploren todas las alternativas viables antes de proceder a ningún desalojo, para poder evitar o al menos minimizar la necesidad de utilizar la fuerza. Cuando se llevan a cabo los desalojos como último recurso, las personas afectadas deben recibir garantías procesales eficaces, que pueden tener un efecto disuasivo sobre los desalojos previstos. (pp.5-6)

Como se puede inferir, sin una adecuada legislación nacional, la convivencia entre los dos derechos objeto de estudio, se torna muy complicada, y puede ser (como lo es) foco de conflictos sociales a los cuales el Estado debe proporcionar soluciones eficaces y pacíficas, en concordancia con sus finalidades de garantizar el bienestar de sus ciudadanos, la paz, la seguridad social y, el bien común.

Entonces, se define y establece el perímetro de los desalojos forzosos, como una medida excepcional, cuyo abuso afecta los Derechos Humanos inherentes de cada individuo. Es necesario señalar que, frente al abuso de una entidad pública o privada, solamente el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos protege los individuos y su dignidad. Por tanto, el Estado debe propiciar mediante la correspondiente modificación de su propia legislación nacional, aquellas herramientas legales para proteger los ciudadanos ante el uso y abuso de los desalojos forzosos.

En Perú, previamente, se debe reconocer expresamente, a nivel constitucional, el Derecho a la Vivienda, para poder adecuar y armonizar la legislación infra constitucional, como pregonado en el presente trabajo de investigación.

Otro aspecto que amerita ser profundizado, es relativo a la protección de la seguridad de la tenencia; a tal propósito el CDESC (1991) en la mencionada Observación General N° 4, sostiene que la protección de la tenencia ante los desalojos forzosos garantiza la debida estabilidad habitacional, que permite a cada individuo vivir dentro de un contexto de paz y seguridad social, requisitos fundamentales para poder desarrollar su propia vivencia en forma constructiva y positiva, favoreciendo las relaciones familiares y comunitarias, en beneficio de toda la sociedad.

Por lo que concierne la legislación nacional, la Ley N° 30076 publicada el 19 de agosto de 2013, modifica varios artículos del Código Penal peruano; además, se señala el art. 202° del Código Penal que trata del delito de usurpación. A su vez, los procesos de desalojo son normados por el Código Procesal Civil, y su vía procedimental es la del proceso sumarísimo; y, su normativa correspondiente, se encuentra establecida en los arts. 546° y ss.; y, de los arts. 585° al 596° del mismo cuerpo legal.

Es menester señalar que, antes de iniciar un proceso de desalojo, la Ley obliga a las partes, como requisito previo para instar una demanda, agotar la vía conciliatoria extrajudicial, en concordancia con lo previsto en la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N°014-2008-JUS.

Además, en fecha 16 de abril del año 2019, se ha promulgado la Ley N°30933, Ley que regula el procedimiento especial de desalojo con intervención notarial, denominada desalojo notarial express, mediante la cual se puede instar un procedimiento de desalojo en la vía notarial.

En efecto, la legislación nacional, ha tenido que adecuarse al contexto normativo internacional, conforme a los nuevos criterios de protección de los Derechos Humanos y, por tanto, de garantía de los sujetos afectados en caso de desalojo. Pero, a nivel legislativo queda un gran vacío: si el Derecho a la Vivienda no se encuentra expresamente regulado en la Carta Magna vigente, es evidente que no existe alguna forma legal de reclamar su protección; y el Estado, ha abdicado, en esta forma, en cumplir con su fin supremo, o sea, garantizar el bienestar y la dignidad de sus ciudadanos. En práctica, actúa con todo el imperio de la Ley para ordenar los desalojos, pero de otro lado omite dar una solución a la falta crónica de acceso homogéneo a una vivienda digna y adecuada.

2.2.8 De la Colisión de Derechos.

Según indica la Real Academia Española (RAE), en su Diccionario de la Lengua Española, la palabra colisión, tiene las siguientes acepciones:

- “Choque de dos cuerpos;
- Rozadura o herida hecha a consecuencia de ludir y rozarse una cosa con otra.
- Oposición y pugna de ideas, principios e intereses, o de las personas que los representan” (Real Academia Española, 2019, Colisión).

Consecuentemente, se puede inferir que, la colisión de derechos constitucionales, se concretiza cuando un derecho es incompatible con otro y provoca un conflicto entre ellos. A tal propósito, Aldunate (2005), afirma que:

Se habla de colisión o choque de derechos fundamentales cuando el efecto jurídico de la protección iusfundamental alegada por un sujeto (titular del respectivo derecho) es incompatible con el efecto jurídico perseguido por otro sujeto a partir de un alegato de protección iusfundamental (...). (p.69)

Frente a la postura presentada por el referido jurista, que subraya la igualdad de los derechos que se encuentran en conflicto, la doctrina reconoce cierta particularidad en la colisión entre derechos fundamentales; por cuanto se quiera proteger de forma horizontal todos los Derechos Humanos, existe cierta prioridad o jerarquización que previene o armoniza los conflictos normativos. Al respecto, Castillo (2005), sostiene que:

Según las posturas conflictivistas, los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar, lo cual lleva a aceptar que los conflictos se hacen inevitables. Frente a una situación de conflicto, la solución se reduce sólo a preferir un derecho y desplazar el otro, es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro. Para esto se hace necesario encontrar los mecanismos que justifiquen la preferencia de un derecho en detrimento del otro. Los principales mecanismos de solución que utilizan quienes parten de una visión conflictivista de los derechos humanos son la jerarquía y la ponderación de derechos. (párr. II)

No debe suscitar sorpresa el hecho que derechos fundamentales puedan colisionar entre ellos, debido al sinnúmero de intereses que, dentro una sociedad compleja como la nuestra, se manifiestan en la realidad. Es evidente que, entre derechos fundamentales, aplicar un mecanismo o criterio de jerarquización, como solución a dicho conflicto, no sería razonable porque se estaría estableciendo, *a priori*, la superioridad de un derecho (e interés) por encima de otro. Consecuentemente, resolver un conflicto normativo desde la visión de la jerarquía de las leyes, conlleva aceptar que existe una reconocida y aceptada supremacía no solamente de un derecho sobre otro, sino de un conjunto de normas morales y éticas que prevalecen en la realidad social.

A tal propósito Castillo (2005) sostiene que “la supremacía de uno u otro derecho dependerá del baremo que se emplee para determinar la importancia de los derechos involucrados en un litigio concreto, baremos que en definitiva vienen bastante marcados por cuestiones ideológicas” (párr. II).

Es evidente que, en la realidad fáctica, la jerarquización supone ulteriores conflictos, por su carácter rígido e insensible a los hechos, los cuales conllevan aspectos materiales y emotivos muy delicados. Además, el criterio de jerarquización puede ser objeto de modificaciones, según el clima político que vive el país en una determinada temporada, agudizando aquellos conflictos sociales existentes o latentes.

Aunado al principio de supremacía, se encuentra la herramienta de la ponderación, mediante la cual el juzgador puede medir, pesar e identificar, según el caso, cuál de los derechos en conflicto prevalece. En merito a ese tema, Castillo (2005) indica que:

El otro usual mecanismo de solución que se emplea dentro de la concepción conflictivista de los derechos fundamentales es la llamada ponderación de derechos. Este mecanismo, especialmente desarrollado en el ámbito anglosajón, consiste en sopesar los derechos o bienes jurídicos en conflicto con las especiales circunstancias concretas que definen el caso que se intenta resolver, con el fin de determinar cuál derecho "pesa" más en ese caso concreto, y cuál debe quedar desplazado. No se trata de una jerarquización general y abstracta, sino más bien de una jerarquización en concreto. (párr. II)

Y Castillo (2005) añade:

Existe un principio muy ligado a este mecanismo de solución. Se trata del principio de proporcionalidad. El razonamiento es muy sencillo: si se trata de saber qué derecho pesa más, se trata -en definitiva- de ponderar derechos; y no es posible definir bien una relación de ponderación sin tener en cuenta una relación de proporcionalidad entre los derechos en juego. (párr. II)

Además, Castillo (2005) afirma que:

La ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Se trata, por tanto, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro. (párr. II)

De lo argumentado, se puede inferir que, más allá de la aplicación caso por caso del Principio de Proporcionalidad en sentido estricto o de Ponderación, el resultado que siempre se obtiene es la supremacía de un derecho fundamental sobre otro; lo que, evidentemente, puede generar contradicciones o incertidumbres jurídicas, que propician el quebrantamiento del denominado principio de Unidad de la Constitución, entendido como herramienta de interpretación armoniosa de la misma Carta Magna.

Citando a Martínez-Pujalte, en relación a una solución a la postura conflictualista, Castillo (2005) indica que:

El proceder adecuado para resolver el aparente conflicto no consiste pues en la determinación del derecho prevalente, ya sea por su superioridad jerárquica general o por su ponderación teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso; sino en la delimitación adecuada del contenido de los derechos aducidos, para así poder concluir cuál entra realmente en juego y cuál no, quién se encuentra realmente bajo la protección del derecho que invoca y quién se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho. Los conflictos de los derechos se resuelven, por tanto, desde la determinación del contenido y ámbito de los derechos supuestamente colisionantes. (párr. IV, num.3)

Por tanto, ante una colisión de derechos constitucionales, se debe considerar que, bajo el enfoque doctrinal, no existe una relación de subordinación entre los derechos fundamentales, donde priman aquellos derechos que, previamente, se han establecido como preminentes respecto a otros. Sino, aplicando el Principio de Proporcionalidad en sentido estricto o Ponderación, considerando y analizando las características específicas de cada caso, se puede valorar cual derecho tiene preeminencia sobre otro.

Como indica Castillo (2005), la postura crítica a la doctrina conflictualista, sostiene que se debe aplicar la delimitación adecuada del contenido de los derechos discutidos, considerando solamente el denominado “contenido esencial” de tales derechos, excluyendo la aplicación del Principio de Proporcionalidad en sentido estricto o Ponderación, siendo necesario solamente aplicar el principio de Unidad de la Constitución, como instrumento de armonización de la misma Carta Magna.

A tal respecto, se considera poco consistente la argumentación de la última doctrina mencionada en cuanto, de un lado, considera para sí misma, la Constitución armónica, a través del Principio de Unidad, al cual aplicar en forma reducida los derechos discutidos, subsumiéndolos al caso concreto; y, de otro lado, conforme a la idea que exista un “contenido esencial” de los derechos constitucionales, conlleva la presencia dentro la misma Constitución un “contenido no esencial” de tales derechos; lo que genera, una evidente contradicción al concepto de armonía y unidad de la Constitución y, una consecuente falibilidad de la misma Carta Magna, ante la necesidad de elaborar una solución de una colisión entre derechos de rango constitucional.

Por tanto, se considera que, el *modus operandi* apropiado para dirimir un conflicto o colisión de derechos de rango constitucional es la debida aplicación del Test de Proporcionalidad, bajo un enfoque valorativo, interpretativo y debidamente motivado, aplicado al caso concreto.

2.2.9 Del Test de Proporcionalidad.

En aras de circunscribir y limitar la componente de discrecionalidad que el órgano juzgador puede emplear al momento de interpretar y dirimir un conflicto entre dos derechos, y más aún, cuando se trata de derechos constitucionales, la doctrina nacional y la correspondiente jurisprudencia han integrado el denominado Test de Proporcionalidad, con la finalidad de evitar actos arbitrarios del mismo órgano juzgador y brindar legitimación a las sentencias emitidas en mérito. Al respecto, la Carta Constitucional vigente, en el último párrafo del artículo 200°, establece lo siguiente:

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio. (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 200°)

Por tanto, en un Estado de Derecho, la misma Constitución Política afirma la necesidad de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de un acto que conlleva la restricción de un derecho que afecta la persona, no solamente cuando se suspenden los derechos, sino en todos aquellos casos de afectación de cualquier atributo del individuo.

Según Burga (2012) “en nuestra jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad aparece estructurado de la siguiente manera: a) proporcionalidad o razonabilidad; b) idoneidad del medio o medida; c) necesidad; y, d) proporcionalidad o ponderación en sentido estricto” (p.258).

Del Principio de Proporcionalidad o Razonabilidad.

En ámbito doctrinario, el Principio de Proporcionalidad o de Razonabilidad, permite establecer coherencia entre las premisas y las conclusiones, con el objetivo de legitimar la decisión en mérito al conflicto normativo cuestionado. A tal propósito, Vidal (2005) indica que:

El Tribunal Constitucional ya no sólo exige del juez ordinario una motivación razonable y expresa, sino la estricta aplicación del principio de proporcionalidad que se configura, por tanto, como un procedimiento jurídico, una regla metodológica construida a partir de criterios lógicos y racionales que otorgan a la decisión judicial un plus de coherencia y, por

tanto, de legitimación, y ello con independencia de la categoría jurídica dentro de la que decidamos clasificarlo: como principio general del derecho o como criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales. (p.439)

Y, Vidal (2005) añade:

Nos encontramos, por tanto, ante un principio de naturaleza sustantiva, íntimamente ligado a la noción de justicia, pero suficientemente articulado como para constituir un importante parámetro de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando la actuación de éstos recae sobre el ejercicio de derechos fundamentales, porque la proporcionalidad se consagra como criterio ponderativo, como criterio que se identifica con lo razonable. (p.442)

Vidal (2005), concluye afirmando que:

En suma, el principio de proporcionalidad, cuyo contenido está perfectamente especificado por nuestra jurisprudencia constitucional, se convierte así en un test sobre la correcta utilización de un método jurídico basado en criterios objetivos y razonables; un test sobre el correcto sometimiento del juez al derecho, lo que otorga a su actuación la seguridad jurídica que se pierde por la omisión del legislador. (p.447)

El principio de proporcionalidad obliga al juzgador estar dentro de un marco objetivo cuando emite su propia decisión; y, conjuntamente con el principio de razonabilidad intrínseca al principio de proporcionalidad, limitar la acción del juez hasta donde la Ley le permite, tratando de evitar aquellos rasgos de subjetividad que inevitablemente pueden interferir sobre la elaboración y conclusión justificada del Juzgador.

Al respecto, Burga (2012) sostiene que:

(...) una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales solamente se justifica en virtud del principio de razonabilidad que exige que una medida restrictiva conlleve la necesidad de preservar o proteger un fin constitucionalmente valioso. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad

cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional. (p.258)

Y, Burga (2012) añade:

(...) el Tribunal [Constitucional peruano] finalmente llega a integrar la razonabilidad en el principio de proporcionalidad, explicando que “uno de los presupuestos de este es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad. (p.258)

El mismo Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia Exp. N° 045-2004-PI/TC, afirma que: “este Tribunal Constitucional considera que el examen de si una ley contraviene, o no, el principio de igualdad, debe ahora efectuarse en aplicación del principio de proporcionalidad”. (Tribunal Constitucional Perú, Exp. N° 045-2004-PI/TC, 2004, Fundamento 31)

Entonces, en la jurisprudencia nacional se ha llegado a la conclusión de que el Principio de Razonabilidad se encuentra incluido en el Principio de Proporcionalidad, en cuanto la conclusión que propicia debe garantizar el Principio de Igualdad; además, la limitación de un derecho debe garantizar un fin legítimo y de rango constitucional, en aras de proteger el Estado de Derecho. Consecuentemente, el principio que debe emplearse para dirimir si existe afectación de la igualdad ante la Ley, una eventual arbitrariedad o discriminación que afecta una parte en causa, es el de Proporcionalidad.

En el caso concreto, ante la colisión del Derecho de Propiedad con el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso, considerando el segundo como uno de rango constitucional e inherente a la dignidad de cada individuo, justificaría si el caso lo amerita, la limitación del Derecho de Propiedad, en conformidad con las finalidades del Estado.

Del Principio de Idoneidad del Medio o Medida.

El Tribunal Constitucional en la sentencia Exp. N° 045-2004-PI/TC, define el Principio de Idoneidad del Medio o Medida en este modo:

La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad -medio- y el objetivo, y (2) el de la relación entre objetivo y finalidad de la intervención. (Tribunal Constitucional Perú, Exp. N° 045-2004-PI/TC, 2004, Fundamento 38)

En efecto, el referido órgano ha establecido que el medio o la medida que se quiere adoptar para dirimir el conflicto entre dos derechos debe guardar una debida correspondencia entre la solución que se quiere adoptar y la finalidad que ella persigue, la cual debe ser constitucional. En mérito al presente principio objeto de análisis, existe una jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0007-2006-PI/TC, denominado “*Caso Calle de las Pizzas (Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari)*”, que bien lo explica:

La restricción del horario de atención no constituye una medida idónea para la prosecución del objetivo que se propone la Municipalidad. En efecto, la protección de la integridad, la vida y la seguridad de los trabajadores de los establecimientos comerciales así como de los concurrentes a ellos puede proveerse a través de la implementación de un adecuado servicio de la Policía Nacional y del servicio de Serenazgo de la propia Municipalidad e, incluso, establecerse como deber de los propios establecimientos comerciales, resultante de los servicios que brindan. En suma, la protección de aquellos derechos puede lograrse a través de un mayor y más adecuado servicio de seguridad, mas no a través de la restricción de los horarios de atención nocturnos y de madrugada. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0007-2006-PI/TC, 2006, Fundamento 31)

El referido Tribunal ha considerado no idónea la medida de limitar el horario máximo de apertura de un determinado establecimiento, con la finalidad de salvaguardar la vida, seguridad e integridad física de los trabajadores y concurrentes de los establecimientos de la misma zona.

Bajo ese enfoque, ante la colisión del Derecho de Propiedad con el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso, la idoneidad de las medidas que se quieren adoptar a favor de éste, pueden ser justificadas solamente por el carácter Pro Homine del Derecho a la Vivienda. Por tanto, también una medida de reubicación de la población afectada, entre otras, guarda coherencia entre la solución planteada y su correspondiente finalidad constitucional, o sea, garantizar y proteger la dignidad de cada individuo.

Del Principio de Necesidad.

En la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 045-2004-PI/TC, respecto del Principio de Necesidad, se establece que:

Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio - medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos. (Tribunal Constitucional Perú, Exp. N° 045-2004-PI/TC, 2004, Fundamento 39)

Y, añade:

El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios – idóneos - no intervienen en la prohibición de discriminación, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor intensidad. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al objetivo del trato diferenciado, no con respecto a su finalidad. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado. (Tribunal Constitucional Perú, Exp. N° 045-2004-PI/TC, 2004, Fundamento 39)

El Principio de Necesidad pone la atención sobre la medida que se quiere implementar para solucionar un conflicto entre dos derechos, comparando aquella que establece la Ley o aquellas hipotéticas determinadas por el caso específico; se identifica cuál de ellas es más oportuna para conseguir el mismo fin y, cuyos efectos de la limitación del otro derecho sean los menos intensos. Al respecto, existe una jurisprudencia emblemática del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 06712-2005-PHC/TC, denominada “*Caso Mónica Adaro vs. Magaly Medina*”, que bien lo dilucida y que, a continuación, se pasa a exponer:

Regresando al caso concreto, la existencia de prostitución clandestina no puede ser considerada como un dato periodístico que revista el carácter de interés público. Mejor dicho, tal reconocimiento no puede ser usado en el proceso penal llevado a cabo contra los querrelados como una noticia de interés público. Quizás la proscripción de la prostitución clandestina en aras de proteger la defensa de la salud pública, prevista en el artículo 7° de la Constitución, puede ser materia de control mediático, pero la utilización de imágenes que exponen partes íntimas de la querellada no puede considerarse como válida porque no aporta nada a la investigación realizada. No contribuye al desarrollo de la sociedad peruana saber que una o dos bailarinas se hayan dedicado al meretricio. Y sí es más bien indefendible y refutable plenamente que se exponga no sólo el cuerpo desnudo de una persona pública, sino que se la muestre manteniendo relaciones sexuales, con el objeto de alegar un interés del público en una noticia de este tipo. Interés del público no es, ni puede ser, sinónimo de fisgoneo, impertinencia o curiosidad. El elemento objetivo de una noticia difundida a través de un programa de farándula no puede ser admitido en un Estado democrático y social de derecho que desea proteger realmente los derechos fundamentales de la persona. De lo expuesto, por más trascendente que sea para la sociedad la investigación sobre la prostitución clandestina en el país, no justifica de ningún modo la vulneración de la vida privada de una persona. Coincidimos en que es innecesario un análisis judicial, pese a lo que alegan los recurrentes, respecto a la existencia de la prostitución clandestina. En primer lugar, porque era excesivo realizar indagación alguna sobre ella, puesto que la vulneración del derecho a la vida privada de la querellante se sustentaba en la emisión de imágenes que no tenían valor constitucional con el supuesto fin del reportaje de Magaly TV. Y, en segundo lugar, porque someter a estudio judicial esta materia no correspondía a la sede penal en la cual se llevaba a cabo el proceso por violación de la intimidad. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 06712-2005-PHC/TC, 2005, Fundamento 59)

Entonces, ante la propalación de imágenes íntimas hecha por un programa televisivo con el objetivo de denunciar un caso de prostitución, amparándose al derecho de información, el Tribunal Constitucional ha considerado no necesario el medio utilizado y que, hubiese sido suficiente denunciar los hechos sin afectar el derecho a la vida privada de los sujetos afectados.

En el caso objeto del presente estudio, el Principio de Necesidad se encuentra relacionado directamente con cada caso específico que puede surgir ante la colisión del Derecho de Propiedad y del Derecho a la Vivienda en un caso de desalojo forzoso. Sin embargo, hay que considerar que el segundo no tiene algún recurso o herramienta legal que lo proteja directamente; por tanto, al momento, se debe considerar que existe una preeminencia del Derecho de Propiedad; o, en su defecto, se deben considerar aquellas medidas hipotéticas que pueden ofrecer las diferentes soluciones alternativas de conflictos.

Del Principio de Proporcionalidad en sentido estricto o Ponderación.

Previamente, es oportuno analizar el concepto de ponderación. Al respecto Guastini (2007) afirma que:

La ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto.

i) Una jerarquía axiológica es una relación de valores creada (ya no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez constitucional, mediante un juicio comparativo de valores, esto es, un enunciado dotado de la forma lógica: “el principio P1 tiene mayor valor que el principio P2”. Instituir una jerarquía axiológica supone por tanto, atribuir a uno de los dos principios en conflicto un “peso”, una “importancia” ético-política mayor respecto al otro. (...) Uno de los dos principios es aplicado, el otro es ciertamente acantonado.

ii) Una jerarquía móvil, de otro lado, es una relación de valores móviles, mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto (o para una clase de casos), pero que podría ser revertida – y que a menudo es revertida- en un caso concreto diverso.

(...) Es por tanto evidente que la ponderación implica el ejercicio de un doble poder discrecional de parte del juez constitucional. Es una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión. Y es igualmente una operación discrecional la mutación de valores comparativos de los dos principios a la luz de una nueva controversia a resolver. (pp. 636-637)

Con la mencionada argumentación, el jurista italiano define en modo claro la Ponderación (o Proporcionalidad en sentido estricto): de un lado, el Juzgador debe analizar e interpretar los valores que, dentro del conflicto surgido, se encuentran involucrados, relacionarlos a los derechos que se hallan en colisión y, determinar cuál de ellos debe prevalecer.

De otro lado, el análisis e interpretación de tales valores puede mutar en el tiempo, por el mutar de la sociedad; por tanto, no es absoluto el valor que se asigna a un derecho sobre otro, ni mucho menos, puede ser aplicado análogamente a otros casos, obligando el Juzgador a ponderar la relación que existe entre los derechos en colisión, caso por caso.

Si bien es cierto que, el Derecho de Propiedad es intrínsecamente relacionado a la vida y al desarrollo del hombre, tal derecho no es absoluto. Y, ante la colisión con el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso, se debe considerar la preeminencia de éste sobre aquel por su valor imprescindible e inherente a la dignidad humana.

A raíz de ello, es fundamental el rol del Estado que, con sus acciones y fuerza económica, debe implementar aquellas políticas que permitan el acceso a la vivienda digna en forma homogénea, propio para evitar el estallido de un conflicto normativo que, al final, rebalsa en un conflicto social en concreto, que conlleva angustia y sufrimiento en la ciudadanía.

Es oportuno subrayar que, la postura de considerar preminente el Derecho a la Vivienda no es sinónimo de tolerar las invasiones de terrenos u otros abusos o coacciones perpetrados por los ciudadanos, aunque justificados por la necesidad de contar con una vivienda.

Sin perjuicio de lo mencionado, en aras de complementar el presente estudio, es oportuno recordar que, en su puridad, según refiere Bernal (2003), en concordancia con la teoría desarrollada por el jurista alemán Robert Alexy, la Ponderación consta de tres elementos que

constituyen su estructura: la ley de la ponderación, la fórmula de peso y las cargas de la argumentación.

Sin embargo, el estudio y análisis completo de la Ponderación desarrollado por el profesor Alexy, por su amplitud y trascendencia en ámbito jurídico, es merecedor de una investigación específica para poder agotar en su cabalidad todas las temáticas a ello referido. Aunque la teoría articulada por el jurista alemán ha establecido un hito importante sobre la metodología que se debe aplicar ante la colisión entre dos derechos, dicha postura ha generado un importante debate sobre el tema, respecto de sus límites y contradicciones; entre sus principales críticos, es menester señalar la obra del jurista asturiano Juan Antonio García Amado.

2.2.10 Del Principio de Interpretación Pro Homine (Pro Persona).

En relación al Principio de Interpretación Pro Homine, Pinto (1997) sostiene que:

El principio Pro Homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. (p.163)

Como se infiere, el Principio de Interpretación Pro Homine establece que, el Juzgador al momento de analizar, interpretar y aplicar las leyes, debe considerar el grado de afectación o protección que puede interesar los Derechos Humanos de un individuo; y, priorizar aquellas decisiones que favorecen el ser humano y su dignidad intrínseca. Bajo ese enfoque, la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-438/13, de 11 de julio de 2013, establece que:

El principio de interpretación Pro Homine, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el resto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales

consagrados a nivel constitucional. (Corte Constitucional de Colombia, 2013, Sentencia C-438/13, Problema jurídico del cargo 2)

Al respecto, es oportuno corroborar que, la finalidad última del Estado, así como del Derecho en general, es la persona humana y el conjunto de sus necesidades, que logra satisfacer a través de bienes y servicios, materiales e inmateriales, para alcanzar el debido bienestar personal como social. Por tanto, el fin supremo de la sociedad organizada es el individuo y su dignidad; y, el principio Pro Homine, permite concretizar una interpretación más favorable al hombre, en garantía de sus derechos.

Considerando el tema objeto del presente estudio, se puede afirmar que, el Derecho a la Vivienda, siendo inherente a la dignidad de la persona, en el sistema jurídico constitucional peruano goza de la aplicación del Principio de Interpretación Pro Homine. Y, ante la colisión del mencionado derecho con aquel de propiedad, en los casos de desalojo forzoso, bajo la aplicación del aludido principio, el Derecho a la Vivienda guarda preeminencia sobre el Derecho de Propiedad.

2.2.11 Del Derecho Comparado – Los casos de España, Colombia y Argentina.

ESPAÑA. La Constitución Española de 1978 reconoce el Derecho a la Vivienda en su artículo 47°, que a la letra afirma:

Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos. (Constitución Española, 1978, Artículo 47°)

Al respecto, Gonzáles (2011), sostiene que:

En virtud de su ubicación en el Capítulo III del Título I de la C.E., dedicado a los Principios Rectores de la Política social y económica, y de lo dispuesto en el art. 53.3 de la

C.E., podemos hablar de una indudable debilidad normativa de los derechos recogidos a modo de principios en dicho Capítulo. No obstante, pese a estar mal dotados de garantías procesales y sustantivas, dichos principios han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y, en general, la actuación de los poderes públicos. (p.1)

Por tanto, se reconoce la dificultad de concretizar la exigibilidad del aludido derecho, en cuanto no se han implementado en la legislación española aquellas herramientas sustantivas y adjetivas para concretizar su protección.

González (2011), prosigue indicando que:

En España el derecho a una vivienda digna no es justiciable. En realidad, según la opinión mayoritaria de la doctrina, sin un desarrollo legislativo es difícil entenderlo como un derecho en sentido técnico. Desde ese punto de vista y dada su ubicación en el contexto constitucional, el derecho a una vivienda digna sería más bien una aspiración o programa de política social, que, eventualmente, alcanzará virtualidad jurídica cuando sea desarrollado por el legislador. (p.1)

Y, González (2011) añade que:

Sin tales desarrollos legislativos, poco o nada pueden hacer los jueces, si bien es verdad que, por un lado, algunos autores sostienen que a través de la vía judicial puede ampliarse el horizonte de ese derecho y que, por otro, alguna legislación autonómica, como la de Cataluña y País Vasco, está avanzando en la consideración del Derecho a la Vivienda como un derecho subjetivo en determinadas situaciones. (p.1)

Por tanto, la realidad española enseña que es condición necesaria pero no suficiente, la presencia en la Carta Constitucional del Derecho a la Vivienda, si éste resulta limitado por no contar con las debidas medidas legislativas que efectivicen su satisfacción y protección. Entonces, sin la correspondiente adecuación normativa sustantiva y adjetiva, se vuelve meramente ilusorio.

COLOMBIA. La Carta Constitucional de Colombia de 1991, en cuanto al reconocimiento del Derecho a la Vivienda establece, en su artículo 51°, que:

Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda. (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 51°)

Como se evidencia, la Ley otorga al Estado, y concretamente a sus instituciones, la labor de efectivizar el Derecho a la Vivienda, mediante proyectos de viviendas públicas, su adecuada financiación a largo plazo, como también su ejecución. Sin embargo, dicha postura ha propiciado la manifestación de interpretaciones subjetivas de la norma citada. Hecho que es demostrado por las contradicciones surgidas en los últimos años, como demuestran las siguientes jurisprudencias. La primera, se refiere a la Sentencia T-569 del año 1995, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, que afirma:

Como el derecho constitucional a la vivienda digna no es un derecho fundamental, sólo puede ser objeto de protección o tutela judicial mediante las acciones y los procedimientos judiciales que se establezcan en la ley, claro está, diferentes de la acción de tutela del artículo 86, cuando existan condiciones materiales y fiscales que puedan hacerlo efectivo; pero además, en este caso es claro que la peticionaria puede seguir viviendo en las partes restantes del inmueble sin ninguna situación de discriminación u ofensa a su dignidad ni a sus condiciones de vida, pues como lo ha sostenido esta Corporación sólo por excepción es posible obtener su protección judicial consecencial en desarrollo de aquella acción, pero únicamente ante situaciones en las que se plantee su desconocimiento directo o indirecto por la violación o amenaza de derechos fundamentales, como el derecho a la vida, dignidad e igualdad, siempre que éstas conlleven para su titular la concreta ofensa a aquel derecho. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-569, 1995, Fundamento B 1)

En la citada sentencia, la Corte Constitucional de Colombia, establece el Derecho a la Vivienda como uno fundamental solamente cuando, habiéndose afectado otro derecho fundamental, como por ejemplo el Derecho a la Vida, esta afectación se extienda hacia el Derecho a la Vivienda. En práctica, éste se encuentra subordinado a otro derecho que la Constitución considera fundamental y, la Corte Constitucional de Colombia, interpreta como

jerárquicamente superior al Derecho a la Vivienda. Se puede considerar como una postura equivocada, en cuanto, en lugar de aplicar el principio de jerarquización de los derechos fundamentales, se debería utilizar un criterio valorativo, según el caso concreto.

La segunda jurisprudencia objeto de análisis, se refiere a la Sentencia T – 530/11 del 2011, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, la cual indica que:

(...) el Derecho a la Vivienda digna - al igual que otros derechos sociales, económicos y culturales - se caracteriza por cierto grado de indeterminación en relación con las prestaciones que su satisfacción requiere, las cuales deben ser precisadas por las instancias del poder definidas con fundamento en el principio democrático, tal connotación no puede conducir a negar el carácter iusfundamental del mismo y tampoco a descartar de plano la procedencia del amparo constitucional cuando se advierta su vulneración. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 530/11, 2011, Fundamento 15)

En este caso, el referido órgano, reconoce expresamente el Derecho a la Vivienda como uno fundamental; si bien es cierto que, resulta abstracta su forma de protección, es obligación de las instituciones estatales elaborar las correspondientes políticas para que se concrete, conforme la realidad social y económica del país, en beneficio de todos los ciudadanos.

Por tanto, como se puede inferir, las distintas interpretaciones que la misma Corte Constitucional de Colombia atribuye a la aplicación y protección del Derecho a la Vivienda, expone a las instituciones públicas, como a los ciudadanos, a una evidente incertidumbre jurídica que puede afectar el cumplimiento del precepto de orden constitucional de garantizar el derecho de todo ciudadano de vivir en una vivienda digna.

ARGENTINA. La Constitución de la Nación Argentina del año 1994 reconoce expresamente el Derecho a la Vivienda. En el artículo 14° bis, establece que:

En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del

bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna. (Constitución de la Nación Argentina, 1994, Artículo 14° bis)

Además, mediante el artículo 75°, numeral 22, del mismo cuerpo normativo se sostiene que “Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” (Constitución de la Nación Argentina, 1994, Artículo 75°, Numeral 22).

Por tanto, la Constitución Argentina, además de reconocer por sí misma el Derecho a la Vivienda, integra los varios Tratados, Declaraciones, Acuerdos y demás documentos internacionales que reconocen y protegen los Derechos Humanos, como el Derecho a la Vivienda. Dentro este orden fáctico y jurídico, la Corte Suprema de la Nación Argentina, mediante la jurisprudencia contenida en la sentencia de fecha 24 de abril del año 2012, denominada “*Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo*”, afirma que:

El Estado debe realizar el mayor esfuerzo posible, en razón de lo previsto por el PIDESC, para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad del Derecho a la Vivienda digna de todos sus habitantes. (Corte Suprema de la Nación Argentina, *Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo*, 2012, p.22)

Por tanto, la Corte Suprema de la Nación Argentina, subraya la necesidad de implementar las correspondientes políticas sociales y económicas para que el Derecho a la Vivienda, aunque sea expresamente establecido en la Carta Magna, no quede una mera ilusión, sino se concrete a favor del bienestar de todos los ciudadanos.

2.3 Bases legales.

2.3.1 Internacional.

- ✓ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948);
- ✓ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948);
- ✓ Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948);
- ✓ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965);
- ✓ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966);
- ✓ Convención sobre los Derechos del Niño (1989);
- ✓ Observación General N° 4 sobre el Derecho a una Vivienda Adecuada (1991);
- ✓ Observación General N° 7 sobre los Desalojos Forzosos (1997);
- ✓ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006);
- ✓ Folleto Informativo N° 21/Rev.1 - El Derecho a una Vivienda Adecuada (2010); y,
- ✓ Folleto Informativo N° 25/Rev.1 – Desalojos Forzosos (2014).

2.3.2 Nacional.

- ✓ Constitución Política del Perú (1979);
- ✓ Constitución Política del Perú (1993);
- ✓ Código Civil Peruano (1984);
- ✓ Código Penal Peruano (1991);
- ✓ Código Procesal Civil Peruano (1993);
- ✓ Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783 (2002);
- ✓ Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867 (2002);
- ✓ Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972 (2003);
- ✓ Ley general de expropiaciones - Ley N° 27117 (1999);
- ✓ Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura – Ley N° 30025 (2013);
- ✓ Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país – Ley N° 30230 (2014); y,

- ✓ Ley que regula el procedimiento especial de desalojo con intervención notarial - Ley N°30933 (2019).

2.4 Definición de términos básicos.

Antinomia: Palabra griega, compuesta de anti, contra, y de nomos, ley. Es, pues, la contradicción real o aparente entre dos leyes, o entre dos pasajes de una misma ley. (Cabanellas, 1994, Antinomia)

Colisión de Derechos: Dentro del orden jurídico, se dice que hay colisión de derechos cuando de aquello que prescriben normas de igual categoría surge una contradicción lógica (Enciclopedia Jurídica, 2014, Colisión de Derechos).

La incidencia de dos o más derechos o deberes incapaces de ser ejercitados o cumplidos simultáneamente. (Cabanellas, 1994, Colisión de Derechos)

Constitución: Esta voz pertenece de modo especial al Derecho Político, donde significa la forma o sistema de gobierno que tiene adoptado cada Estado. Acto o decreto fundamental en que están determinados los derechos de una nación, la forma de su gobierno y la organización de los poderes públicos de que éste se compone. Cada una de las ordenanzas o estatutos con que se gobierna algún cuerpo o comunidad. (Cabanellas, 1994, Constitución)

Declaración: Publicación, manifestación del propósito, animo o ideas. (Cabanellas, 1994, Declaración)

Manifestación del ánimo o de la intención. (Real Academia Española, 2019, Declaración)

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: votada por la convención francesa, en la sesión del 2 de octubre de 1789, resume, en sus principios, orientaciones que conmovieron los cimientos sobre los cuales descansaba la organización social y política hasta entonces existente. La expansión que tuvo esta Declaración ha sido grande, aun cuando sus principios se invocan tanto como se incumplen. (Cabanellas, 1994, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano)

Declaración Universal de los Derechos del Hombre: Fue aprobada por las Naciones Unidas en su sesión plenaria del 10 de diciembre de 1948, y su texto, pese a los términos en que se encuentra redactado, no ha tenido la repercusión que de dicha Declaración debía esperarse. (Cabanellas, 1994, Declaración Universal de los Derechos del Hombre)

Derecho a la Vivienda: El Derecho Humano a una vivienda adecuada es el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad. (ONU, 2008, p.5)

Derecho Constitucional: Rama del Derecho Político que comprende las leyes fundamentales del Estado que establecen la forma de gobierno, los derechos y deberes de los individuos y la organización de los poderes públicos. (Cabanellas, 1994, Derecho constitucional)

Rama del ordenamiento jurídico que se ocupa de regular los órganos del Estado; el procedimiento a través del cual se manifiesta el poder o la voluntad del Estado, así como el reconocimiento y garantía de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos. Se denomina «Derecho constitucional» porque el texto normativo que sustenta esta disciplina científica y en el que se halla sistematizado este Derecho es la Constitución. (Enciclopedia Jurídica, 2014, Derecho Constitucional)

Derecho de Propiedad: En Derecho, la propiedad es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer del mismo, sin más limitaciones que las que imponga la ley. Es el derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien. (Bustamante, 2012, p.540)

El que corresponde al dueño de una cosa para gozar, servirse y disponer de la misma según la conveniencia o voluntad de aquél. (Cabanellas, 1994, Derecho de Propiedad)

El poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. (Codigo Civil Peruano, 1984, Artículo 923°)

Derechos Fundamentales: Conjunto básico de facultades y libertades garantizadas judicialmente que la constitución reconoce a los ciudadanos de un país determinado. (Poder Judicial del Perú, 2007, Derechos Fundamentales)

Derechos Humanos: Conocidos también como derechos de las personas, son las facultades que, formuladas con carácter general y frente al Estado, suponen el reconocimiento expreso de la libertad de la persona. Si en los comienzos de la modernidad tal reconocimiento era el resultado de una liberalidad del poder absoluto, actualmente es una obligación asumida por el poder reconociendo la dignidad de la persona con todas sus consecuencias. Por ello incluyen no sólo derechos subjetivos que protegen al individuo frente al Estado, sino también deberes de éste hacia el individuo. (Enciclopedia Jurídica, 2014, Derechos Humanos)

Desalojo: Juicio para obligar a un inquilino a abandonar voluntariamente el inmueble que ocupa. (Poder Judicial del Perú, 2007, Desalojo)

En el Derecho argentino, desahucio de un inquilino o arrendatario por falta de pago, expiración del término, alteración del destino de la cosa arrendada, expropiación forzosa, necesidad de ocupar la finca el propietario u otra de las causas legales o convencionales que autoricen a desalojar o expulsar al arrendatario rústico o urbano. (Cabanellas, 1994, Desalojo)

Desalojo Forzoso: Es el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. (CDESC, 1997, párr. 3)

Pueden considerarse una violación grave de los derechos humanos y una violación prima facie del derecho a una vivienda adecuada. Los desalojos en gran escala pueden justificarse generalmente sólo en las circunstancias más excepcionales y si se los lleva a cabo de conformidad con los principios aplicables del derecho internacional. (ACNUDH, 2010, p.5)

Expropiación: Desposeimiento o privación de la propiedad, por causa de utilidad pública o interés preferente, y a cambio de una indemnización previa. (Cabanellas, 1994, Expropiación)

Es una de las formas de extinguirse el derecho de propiedad. Se plantea como solución en los casos de conflicto entre el interés privado y la utilidad pública que define la Administración. (Enciclopedia Jurídica, 2014, Expropiación)

Incertidumbre: Falta de certidumbre o certeza. Duda, perplejidad. Inseguridad. (Cabanellas, 1994, Incertidumbre)

Incertidumbre Jurídica: Es la falta de convicción o reconocimiento social en torno a la vigencia o eficacia de un derecho. (Monroy, 2004, p.223)

Internacional: Relativo a dos o más naciones; como tratado, convención o guerra. (Cabanellas, 1994, Internacional)

Perteneiente o relativo a dos o más naciones. (Real Academia Española, 2019, Internacional)

Poseisión: Estrictamente, el poder de hecho y de derecho sobre una cosa material, constituido por un elemento intencional o animus (la creencia y el propósito de tener la cosa como propia) y un elemento físico o corpus (la tenencia o disposición efectiva de un bien material). (Cabanellas, 1993, p.249)

Derecho real que consiste en una potestad de inmediata tenencia o goce conferida por el derecho con carácter provisionalmente prevalente, con independencia de que exista o no derecho real firme que justifique la atribución definitiva de esa potestad. (Enciclopedia Jurídica, 2014, Posesión)

Principio de Idoneidad: Consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 045-2004-PI/TC, 2004, Fundamento 38).

Principio de Interpretación Pro Homine (Pro Persona): El principio de interpretación Pro Homine, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el resto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-438/13, 2013, Problema jurídico del cargo 2)

Principio de Necesidad: Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio - medio, esto es, de una comparación entre medios. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 045-2004-PI/TC, 2004, Fundamento 39)

Principio de Proporcionalidad: Entendido en su acepción clásica alemana como "prohibición de exceso" (Untermassverbot), comprende, en cambio, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 045-2004-PI/TC, 2004, Fundamento 27)

Principio de Proporcionalidad en sentido estricto o Ponderación: Comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 045-2004-PI/TC, 2004, Fundamento 40)

Proceso de Desalojo: Procedimiento judicial para que los ocupantes de un inmueble urbano o rústico (inquilinos, locatarios, arrendatarios, precaristas) lo desocupen y lo restituyan a quien tiene derecho a él. Estos juicios se tramitan por procedimiento sumarísimo. (Pinto, 2011, Concepto)

Propiedad: La Propiedad es definida como un señorío pleno (jurídico) sobre cualquier objeto externo de valor económico y susceptible de dominación. La pertenencia de los bienes no se agota en el ámbito patrimonial o económico, sino que guarda una estrecha relación con la libertad individual y con la dignidad de la persona. (Gonzales, 2010, p.270)

Test de Proporcionalidad: Consiste en hacer una suerte de comparación entre los derechos en conflicto, sin dejar de lado las características especiales de cada caso en concreto, a fin de determinar cuál derecho es más importante o tiene un "peso" superior. (Burga, 2012, p.255)

Tratado: Convenio, contrato. Por antonomasia, convención internacional, suscrita por dos o más príncipes o gobiernos. (Cabanellas, 1994, Tratado)

En Derecho Internacional Público se denomina así el acuerdo entre varios Estados que persiguen fines diferentes y que conciertan diversos intereses estatales de carácter particular para cada uno. (Cabanellas, 1994, Tratado/Contrato)

Vivienda: Habitación. Casa, morada. Lugar habitado o habitable. Manera de vivir. Género de vida. (Cabanellas, 1994, Vivienda)

Lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas. (Real Academia Española, 2019, Vivienda)

Vivienda adecuada: Para que la vivienda sea adecuada, debe reunir como mínimo los siguientes criterios:

- La seguridad de la tenencia: la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no cuentan con cierta medida de seguridad de la tenencia que les garantice protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas.
- Disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura: la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no tienen agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas, energía para la cocción, la calefacción y el alumbrado, y conservación de alimentos o eliminación de residuos.
- Asequibilidad: la vivienda no es adecuada si su costo pone en peligro o dificulta el disfrute de otros derechos humanos por sus ocupantes.
- Habitabilidad: la vivienda no es adecuada si no garantiza seguridad física o no proporciona espacio suficiente, así como protección contra el frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otros riesgos para la salud y peligros estructurales.
- Accesibilidad: la vivienda no es adecuada si no se toman en consideración las necesidades específicas de los grupos desfavorecidos y marginados.
- Ubicación: la vivienda no es adecuada si no ofrece acceso a oportunidades de empleo, servicios de salud, escuelas, guarderías y otros servicios e instalaciones sociales, o si está ubicada en zonas contaminadas o peligrosas.
- Adecuación cultural: la vivienda no es adecuada si no toma en cuenta y respeta la expresión de la identidad cultural. (ACNUDH, 2010, pp. 3-4)

CAPÍTULO III
PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

3.1 Análisis e interpretación de los resultados.

3.1.1 Entrevista a profesionales del Derecho.

ENTREVISTA AL ABOGADO MARIO MIGUEL DELGADO MONTAÑO

Abogado y docente universitario

PREGUNTA N° 1	RESPUESTA N° 1	COMENTARIO N° 1
<p><i>¿Considera Ud. que existe colisión de derechos constitucionales entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso?</i></p>	<p><i>Previamente, es necesario aclarar que el Derecho de Propiedad es un derecho real, que permite que cualquier persona goce de un derecho de dominio sobre una cosa determinada. Pero el Derecho a la Vivienda es mucho más complejo y trascendente. Puesto que la propiedad se refiere a los muebles e inmuebles. Y, dentro de los segundos, no siempre el bien inmueble es destinado a vivienda. Allí se da la diferencia con el Derecho a la Vivienda, que siempre va a recaer, sobre un inmueble, y con fines habitacionales. Tiene una dimensión mucho más social y humana que el Derecho de Propiedad. A su vez, el desalojo en general se relaciona inmediatamente a un proceso judicial, donde se pretende que el poseedor no propietario desocupe o desaloje el bien, que es requerido por el propietario, a través de un proceso judicial. Pero el desalojo forzoso va más allá de eso, en cuanto no siempre un desalojo se va a dar a través de un proceso judicial o, dicho de otro modo, ordenado por un juez, y contra o a favor de una persona en particular. El desalojo (entiéndase forzoso), se da también por otras autoridades o funcionarios</i></p>	<p><i>El letrado a través de la argumentación que distingue la naturaleza del Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda confirma la existencia de una colisión de derechos constitucionales entre los mencionados derechos, en los casos de desalojo forzoso, por la misma dimensión social y humana que ostenta el Derecho a la Vivienda.</i></p>

	<p><i>ajenos al órgano jurisdiccional. El desalojo se dará contra grupos de personas a favor de otra u otras personas, sean naturales o jurídicas, o también a favor del propio Estado. Estos desalojos, se dan por lo general en aras de intereses económicos o políticos. Por tanto, bajo estos lineamientos, considero que sí existe colisión constitucional entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda en los casos de desalojo forzoso.</i></p>	
<p>PREGUNTA N°2</p>	<p>RESPUESTA N° 2</p>	<p>COMENTARIO N° 2</p>
<p><i>¿Según su opinión, que derecho debería prevalecer?</i></p>	<p><i>Al respecto, no debemos olvidar que ambos derechos tienen rango constitucional y son derechos fundamentales y humanos. Ahora bien, desde una perspectiva netamente humana, pues considero que el Derecho a la Vivienda debe prevalecer, tomando en cuenta que el Derecho de Propiedad o la propiedad en sí, no es absoluta; ésta, se debe ejercer en atención al interés común, así lo dice la propia Constitución vigente. Y, si tenemos que hacer una interpretación, aplicando el Test de Proporcionalidad, deberíamos recurrir al principio de interpretación Pro Homine, para que el Derecho a la Vivienda prevalezca sobre el otro de propiedad.</i></p>	<p><i>El letrado considera que, si bien es cierto, los mencionados derechos son ambos de rango constitucional, fundamentales y humanos, el Derecho a la Vivienda debe prevalecer en el mérito a la aplicación del principio de interpretación Pro Homine, por la su naturaleza de ser inherente a la dignidad humana.</i></p>

PREGUNTA N° 3	RESPUESTA N° 3	COMENTARIO N° 3
<p><i>¿Es oportuno, según Ud., integrar el Derecho a la Vivienda en la Constitución Política vigente?</i></p>	<p><i>Es necesario que se presente un Proyecto de Ley en esta dirección; y, dicho sea de paso, el Legislador está manifestando dicho interés, para salir de la ambigüedad que todavía persiste. El hecho que el Derecho a la Vivienda no sea expresamente presente en la Carta Magna vigente no le otorga el perfil y la fuerza que se merece relacionado a su rango constitucional e inherente a la dignidad del ser humano. Además, el Estado debe implementar aquellas políticas sociales y economías dirigidas a facilitar el acceso a la vivienda digna para todos los ciudadanos, para dar solución al déficit habitacional que existe en el país y prevenir actos extremos como la invasión de terrenos o los desalojos forzosos.</i></p>	<p><i>El letrado, en concordancia con los planteamientos argumentados en el presente estudio reconoce la importancia de integrar el Derecho a la Vivienda en la Constitución Política vigente para otorgar una mayor fuerza al mencionado derecho. Además, solicita que el Estado implemente aquellas políticas sociales y económicas que permitan fomentar el acceso a una vivienda digna para todos los ciudadanos.</i></p>

ENTREVISTA AL ABOGADO VALERIO SEGURA BACA*Abogado, docente universitario y consultor minero*

PREGUNTA N° 1	RESPUESTA N° 1	COMENTARIO N° 1
<i>¿Considera Ud. que existe colisión de derechos constitucionales entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso?</i>	<i>Si, dependiendo del caso específicamente. Desde el punto de vista de la propiedad existen varias formas de ejercer tal derecho y se encuentran amparadas por Ley. En cambio, desde el lado del Derecho a la Vivienda, en consideración que es un derecho inherente a la dignidad humana, debe ser contemplado y garantizado en la misma Constitución Política del Estado.</i>	<i>El letrado refiere que, según los casos, existe una colisión constitucional entre los derechos objeto de análisis, en los casos de desalojo forzoso, propio por la naturaleza del Derecho a la Vivienda como uno fundamental e inherente a la dignidad humana.</i>
PREGUNTA N°2	RESPUESTA N° 2	COMENTARIO N° 2
<i>¿Según su opinión, que derecho debería prevalecer?</i>	<i>Desde el punto de vista de la dignidad de la persona, la Constitución Política del Estado debe establecer que el Derecho a la Vivienda debe ser considerado un derecho fundamental como el Derecho a la Vida.</i>	<i>El letrado ha sintéticamente resumido el enfoque filosófico del presente trabajo académico. No es intención de esta investigación minimizar el Derecho de Propiedad para que el Derecho a la Vivienda prevalezca. Al contrario, se quiere elevar éste derecho al rango que le compete, o sea, fundamental e inherente a la dignidad de la persona.</i>

PREGUNTA N° 3	RESPUESTA N° 3	COMENTARIO N° 3
<p><i>¿Es oportuno, según Ud., integrar el Derecho a la Vivienda en la Constitución Política vigente?</i></p>	<p><i>Tomando en cuenta que el respeto a la dignidad de la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, el Derecho a la Vivienda debe ser considerado como un derecho fundamental; por tanto, debe estar debidamente amparado y garantizado en la Constitución Política del Estado, en aras de prevenir y evitar la colisión entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda.</i></p>	<p><i>El letrado, subraya el rol fundamental del Estado para prevenir y evitar la colisión de los derechos objetos de la presente investigación. Por tanto, el Estado debe implementar aquellas políticas que permitan la coexistencia de los aludidos derechos fundamentales, facilitando el acceso a la vivienda digna y adecuada; y, actuar para neutralizar las condiciones que favorecen conflictos sociales, que inevitablemente afligen a los ciudadanos.</i></p>

ENTREVISTA A LA ABOGADA ROXANA CATHERINE GONZALES PALLAMARES

Abogada y ex Gobernadora de la Municipalidad de Machu Picchu

PREGUNTA N° 1	RESPUESTA N° 1	COMENTARIO N° 1
<p><i>¿Considera Ud. que existe colisión de derechos constitucionales entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso?</i></p>	<p><i>Si, efectivamente existe una colisión de derechos constitucionales como se señala; pero, al momento, el Derecho a la Vivienda no se encuentra debidamente regulado. Por tanto, no se tiene ninguna herramienta legal para reclamar, en las instancias correspondientes, su protección y/o derechos a ello relacionados.</i></p>	<p><i>La letrada al respecto señala dos aspectos: el primero, la existencia de la colisión entre los derechos materia de estudio en los caos de desalojo forzoso; el segundo, la incoherencia legal de no contar en la legislación actual con alguna herramienta que proteja y garantice el Derecho a la Vivienda. En práctica, la mencionada colisión es meramente abstracta, en cuanto la legislación ampara solamente el Derecho de Propiedad.</i></p>
PREGUNTA N°2	RESPUESTA N° 2	COMENTARIO N° 2
<p><i>¿Según su opinión, que derecho debería prevalecer?</i></p>	<p><i>En concordancia con el principio de protección y garantía de aquellos derechos inherentes a la dignidad humana, debería prevalecer el Derecho a la Vivienda; que, por enciso, no es solamente referido a la vivienda en sí, sino, a todos aquellos servicios necesarios para que sea digna y decorosa, como agua, luz, etc.</i></p>	<p><i>La letrada considera que debería prevalecer el Derecho a la Vivienda, en cuanto deben primar aquellos derechos inherentes a la dignidad humana; además, subraya que el Derecho a la</i></p>

		<i>Vivienda representa un conjunto de derechos a ello relacionado, que permiten contar con una vivienda digna y adecuada, y que merecen su debida protección.</i>
<i>PREGUNTA N° 3</i>	<i>RESPUESTA N° 3</i>	<i>COMENTARIO N° 3</i>
<i>¿Es oportuno, según Ud., integrar el Derecho a la Vivienda en la Constitución Política vigente?</i>	<i>Si, se hace necesario integrar expresamente el Derecho a la Vivienda en la Constitución Política vigente, con la finalidad de que la legislación brinde aquellas herramientas legales para su debida protección y garantía.</i>	<i>La letrada manifiesta la necesidad de integrar expresamente el Derecho a la Vivienda en la Carta Magna vigente, para que pueda contar con las correspondientes herramientas legales que permitirían su debida protección, como la posibilidad de instar una acción de amparo o mediante cualquier Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos (MARCS)</i>

3.1.2 Tablas de recolección datos.

DERECHO A LA VIVIENDA

CLASIFICACION	DERECHO HUMANO
TIPO	DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
CONCEPTO	DERECHO DE TODO HOMBRE, MUJER, JOVEN Y NIÑO A TENER UN HOGAR Y UNA COMUNIDAD SEGUROS EN QUE PUEDAN VIVIR EN PAZ Y DIGNIDAD
INSTRUMENTOS NACIONALES	ARTÍCULOS 1°, 3°, Y LA CUARTA DISPOSICIÓN FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCION POLÍTICA DEL PERÚ
INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC)

DERECHO DE PROPIEDAD

CLASIFICACION	DERECHO HUMANO
TIPO	DERECHO CIVIL
CONCEPTO	EL PODER JURÍDICO QUE PERMITE USAR, DISFRUTAR, DISPONER Y REIVINDICAR UN BIEN. DEBE EJERCERSE EN ARMONÍA CON EL INTERÉS SOCIAL Y DENTRO DE LOS LÍMITES DE LA LEY.
INSTRUMENTOS NACIONALES	ARTÍCULO 2° INC. 16 Y ARTICULO 70° DE LA CONSTITUCION POLÍTICA DEL PERÚ
INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	ARTICULO 17° DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

DESALOJO FORZOSO

CLASIFICACION	DESALOJO ILEGAL – SALVO EXCEPCIONES
TIPO	ABUSO DE DERECHO
CONCEPTO	ES EL HECHO DE HACER SALIR A PERSONAS, FAMILIAS Y/O COMUNIDADES DE LOS HOGARES Y/O LAS TIERRAS QUE OCUPAN, EN FORMA PERMANENTE O PROVISIONAL, SIN OFRECERLES MEDIOS APROPIADOS DE PROTECCIÓN LEGAL O DE OTRA ÍNDOLE NI PERMITIRLES SU ACCESO A ELLOS
INSTRUMENTOS NACIONALES	-----
INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	<p>OBSERVACIÓN GENERAL N° 7 SOBRE LOS DESALOJOS FORZOSOS (1997) DEL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES (CDESC) DE LAS NACIONES UNIDAS.</p> <p>DESALOJOS FORZOSOS. FOLLETO INFORMATIVO N° 25/REV.1 OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH)</p>

3.2 Discusión de los resultados.

3.2.1 Entrevistas.

Pregunta 1: Ante una situación extrema, como es el desalojo forzoso, existe una colisión de derechos de rango constitucional que no puede pasar por desapercibida. Sin embargo, el Derecho a la Vivienda sufre un límite inexplicable: el hecho que no sea regulado expresamente en la Constitución vigente, no le permite asumir la fuerza legal que merece, en cuanto no puede contar con ninguna acción legal para su defensa y protección.

Ahora bien, dicha condición conlleva que, en la realidad, en lugar de tener una coexistencia de los mencionados derechos, se concretiza un conflicto, donde de un lado el propietario exige (aunque sea el Estado) el desalojo de quien ocupa irregularmente un bien; de otro lado, los ocupantes o quien utiliza la necesidad de una vivienda para traficar en bienes inmuebles, reclaman la satisfacción de un derecho inherente a la dignidad humana. En toda esta situación, el Estado no asume su rol central de velar sobre el bienestar de sus ciudadanos, omitiendo implementar aquellas políticas dirigidas a resolver un problema crónico en el país, como la falta de acceso a una vivienda digna y adecuada para todos los ciudadanos.

Pregunta 2: El análisis presentado por los letrados entrevistados, que converge hacia la preeminencia del Derecho a la Vivienda sobre el Derecho de Propiedad, en los casos de desalojo forzoso, considera algunos aspectos importantes investigados en el presente trabajo. Si bien es cierto que, ambos derechos ostentan un rango constitucional, el carácter no absoluto del Derecho de Propiedad el cual, además, debe ser ejercido en el interés común y en el respeto de su función social, crea el espacio jurídico para que el Derecho a la Vivienda prevalega, bajo el enfoque del principio de interpretación Pro Homine. Es solamente en respecto de la cualidad inherente a la dignidad humana connatural de éste que permite justificar su preeminencia ante el Derecho de Propiedad, en los casos de desalojo forzoso.

Pregunta 3: Bajo los argumentos presentados, el Derecho a la Vivienda tiene rango constitucional, debido a la suscripción y ratificación de Tratados, Declaraciones y Acuerdos Internacionales relativos al reconocimiento y protección del mencionado derecho; e, integrados en la Constitución vigente por medio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria. Por tanto, es opinión compartida de los letrados intervinientes, otorgar rango constitucional al Derecho a la Vivienda mediante su integración expresa.

En efecto, ello permitiría adecuar la legislación nacional y brindar aquellas herramientas legales para su defensa y garantía; así como, ostentar su perfil constitucional ante cualquier solución extra judicial, como los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MARCS). De otro lado, el Estado, tendrá que desarrollar aquellas políticas económicas y sociales dirigidas a implementar programas y proyectos para satisfacer la necesidad de los ciudadanos de contar con una vivienda digna y adecuada, conforme a sus principales finalidades, como propiciar la paz, la seguridad y el bienestar social, en forma homogénea y sin ninguna discriminación.

3.2.2 La condición que genera la colisión del Derecho de Propiedad con el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso.

El cambio de paradigma concretizado con la entrada en vigor de la Carta Magna del 1993, respecto a los lineamientos trazados por la Constitución del 1979, ha enfatizado cierta preeminencia del Derecho de Propiedad sobre el Derecho a la Vivienda, en sentido general. En efecto, en el texto constitucional del 1979, se podía notar, en la redacción clara y precisa de su artículo 10°, que “es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa” (Constitución Política del Perú, 1979, Artículo 10°).

A propósito de la ausencia de normatividad sobre este punto en la Carta Magna vigente, se señala lo siguiente: si bien es cierto que, el Derecho a la Vivienda no se encuentra literalmente establecido en nuestra carta fundamental, no se debe dejar de lado lo dispuesto por los artículos 1°, 3°, y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la referida carta política. En efecto, el art. 1° de la Carta Magna del 1993 afirma que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 1°).

En cambio, el artículo 3° de la referida ley fundamental señala que “la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre” (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 3°).

Del mismo modo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria, expresamente señala que “las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos

internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú” (Constitución Política del Perú, 1993, Cuarta Disposición Final y Transitoria, Interpretación de los derechos fundamentales).

Consecuentemente, el Derecho a la Vivienda, integrado mediante los correspondientes Tratados, Declaraciones y Acuerdos Internacionales, es de considerarse de rango constitucional; y, la coexistencia con el Derecho de Propiedad, debidamente integrado mediante el artículo 2° inc. 16 y 70° de la Carta Magna del 1993, puede ocasionar un conflicto de intereses, que se reflejan en una colisión a nivel constitucional entre los dos mencionados derechos, en particular, en los casos de desalojo forzoso.

Sin embargo, por la forma con la cual el Derecho a la Vivienda se encuentra regulado en la actualidad, no cuenta con las correspondientes herramientas legales para su debida protección y garantía. El resultado de dicha condición es generar una evidente incertidumbre jurídica que fomenta conflictos sociales y abusos de varias naturalezas. Si de un lado se pretende aplicar en valor absoluto el Derecho de Propiedad; de otro lado, se quiere abusar del Derecho a la Vivienda para invadir y ocupar en forma ilegal (hasta utilizando el uso de la violencia) un bien que no pertenece a los invasores.

Por tanto, el vacío o incertidumbre jurídica que hasta el momento domina en la legislación nacional, crea la difícil convivencia entre los dos derechos materia de estudio, en el sistema jurídico constitucional nacional; y, se refleja en modo negativo en el tejido de la sociedad peruana, incentivando conflictos sociales e informalidad, dejando el ciudadano peruano en una constante falta de oportunidades de mejorar su calidad de vida.

Prueba de ello, son las constantes medidas gubernamentales dirigidas a corregir el desequilibrio que existe en el país para que la población (sobre todo aquel sector social que no tiene adecuados recursos económicos) pueda acceder o adquirir, una vivienda digna. Ya se ha mencionado el programa “MIVIVIENDA”, como también la apertura de programas a favor de las Cooperativas de Ahorro y Crédito y que, a la fecha, no han podido modificar en modo significativo la posibilidad de acceder a una vivienda digna.

Es necesario aclarar que, el presente trabajo de investigación no tiene como objeto de estudio aquellos casos que la Ley actualmente regula, como los desalojos de ocupantes precarios, el denominado desalojo notarial o express y la misma expropiación. Sin embargo, no se considera favorable, una política pública que ordena, según el caso, los relativos desalojos o expropiación (pagados con dinero público), sin ofrecer alternativas válidas mediante proyectos y programas de construcciones públicas, en aras de garantizar un derecho constitucional y prevenir inevitables conflictos sociales, en concordancia con los fines del Estado.

En realidad, se debe enfrentar la problemática primero por la vía normativa, integrando expresamente en la Carta Magna vigente el Derecho a la Vivienda, conforme el espíritu de la Constitución del 1979; y, sucesivamente, aplicar acciones políticas serias y rigurosos programas de construcciones públicas, que respondan al reclamo de la población de contar con una vivienda digna a un costo accesible. En esta forma se podría evitar ulteriores conflictos sociales, apagar los existentes, prevenir la comisión de delitos, entre ellos el tráfico de terrenos y, canalizar parcialmente la demanda de viviendas en el país, evitando que sea el mercado a cumplir totalmente dicha función, como ahora se está manifestando, con las consecuentes especulaciones que generan división y tensión social.

3.2.3 El Derecho a la Vivienda y su preeminencia sobre el Derecho de Propiedad, en los casos de desalojo forzoso.

En el caso concreto objeto de estudio, el tema relevante pasa por la cuestión de valorar dos derechos de rango constitucional como son el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda y, cuando colisionan.

En los casos de desalojo forzoso se ve claramente que existe un choque o colisión entre ellos; por un lado, está la exigencia de protección del titular del bien (como propietario) frente a otra persona que no lo es y que, ocupa irregularmente el bien; y, en relación a la segunda condición, recae la responsabilidad del Estado de proteger y garantizar un Derecho Humano cual es el derecho a poder acceder y vivir en una vivienda digna y adecuada.

Es necesario aclarar que, ante un análisis jurídico de la Carta Magna del 1993, si bien es cierto que, la inclusión del Derecho a la Vivienda es contemplada por la base legal ampliamente mencionada en la presente investigación, es evidente que, en la realidad, el Derecho de

Propiedad ostenta una aceptación y fuerza mayor, propio por su integración expresa en la Constitución y su relativa aplicación práctica, con las correspondientes herramientas legales que lo amparan. Hecho que ha generado un desequilibrio entre los dos derechos constitucionales referidos.

Entonces, queda argumentada en forma clara y meridiana la dimensión constitucional del Derecho a la Vivienda en nuestro sistema jurídico, aun cuando no se encuentre expresamente señalado en la Carta Magna vigente. Desde este hecho, si se presenta una disputa entre el Derecho a la Vivienda con él de Propiedad, ambos pueden ostentar el rango constitucional; por tanto, se concretiza su colisión en los casos de desalojo forzoso.

Ante la mencionada colisión, en concordancia con la aplicación del principio de interpretación Pro Homine, intrínseco a la naturaleza del Derecho a la Vivienda y, el correspondiente Test de Proporcionalidad, se considera que el mencionado Derecho a la Vivienda deba prevalecer sobre el Derecho de Propiedad, en los casos de desalojo forzoso.

Contrario sensu, se estaría fomentando la discriminación y segregación de un importante sector social que, por motivos económicos, no puede acceder a una vivienda digna, propio porque el mismo Estado no le reconoce su condición de necesidad de satisfacer un derecho inherente a la dignidad humana, generando conflictos y división entre la población, transgrediendo su misión fundamental, o sea, propiciar y proteger el bienestar de sus ciudadanos.

Es tarea netamente del Estado fomentar las condiciones económicas, ambientales y sociales para que sus ciudadanos, en forma homogénea, puedan acceder a una vivienda digna y decorosa, que garantice un adecuado nivel de bienestar y desarrollo social que tal condición brinda a la población.

Dentro del concepto de vivienda digna y decorosa, se incluye no solamente en forma estricta el hogar de cada individuo, sino también, la posibilidad de utilizar servicios básicos como agua, desagüe y energía eléctrica; a ello se debe sumar el acceso a servicios de transporte y viabilidad, áreas recreacionales, instituciones educativas y sanitarias, hasta el mismo acceso a internet.

Es evidente, a una simple observación superficial a lo largo del territorio nacional, incluyendo la ciudad de Cusco, que no existe homogeneidad en el acceso a dichos servicios a favor de toda la población; sino que, existen barreras y límites al acceso a ellos, debido principalmente a factores económicos, donde el Estado ha literalmente abdicado a su rol de garante y propiciador del bienestar de sus ciudadanos.

Por tanto, se debe aportar una modificación de la misma Carta Magna vigente, indicando expresamente el reconocimiento del Derecho a la Vivienda, integrándolo según la realidad existente en el Perú; y, paralelamente, el Estado debe implementar políticas concretas que favorezcan en forma permanente y trascendental el acceso a una vivienda digna y adecuada, según la visión de una economía social de mercado establecida en la misma Carta Magna vigente.

Frente a la colisión entre los referidos derechos de rango constitucional materia del presente estudio, bajo la aplicación del principio de interpretación Pro Homine, se considera que deba tener preeminencia aquel de vivienda, si se quiere evitar conflictos y divisiones sociales; y, otorgar al ciudadano peruano, la correspondiente dignidad que un individuo merece y ostenta cuando vive en un país que se define democrático y dentro los parámetros de un Estado de Derecho.

Es menester aclarar que, el Derecho a la Vivienda no puede ser interpretado como el derecho a invadir u ocupar un bien ajeno bajo so pretexto de reclamar la satisfacción de un derecho constitucional o, mucho menos, obligar el Estado a regalar viviendas a quienes necesitan; sino que, el Estado, conforme al dictamen constitucional y a la implementación de políticas específicas, cumpla con su principal finalidad, o sea, otorgar y garantizar el bienestar de sus ciudadanos, propiciando el acceso a la vivienda digna mediante puntales políticas públicas.

Para abundar sobre el tema, es oportuno subrayar que, dentro el marco factico y normativo argumentado en la presente investigación, resulta aún más contradictorio que sea el mismo Estado, mediante la actuación de un desalojo forzoso, a privar de un derecho fundamental a sus ciudadanos, sin que medie alguna herramienta legal pertinente que, en forma concreta, practica y real, ofrezca una alternativa idónea para que dichos ciudadanos gocen del derecho de contar con una vivienda digna y adecuada. Por tanto, la solución no puede ser netamente de orden judicial, sino también, de carácter político.

Además, la implementación de los llamados Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MARCS), pueden canalizar en forma menos conflictiva, la búsqueda de una solución positiva para la sociedad en su conjunto, ante el escenario de un posible o concreto desalojo forzoso, mediante una labor de mediación por parte de algunos órganos estatales, como la Defensoría del Pueblo.

3.2.4 La modificación de la Carta Magna vigente en cuanto a la integración del Derecho a la Vivienda.

Bajo el mencionado contexto factico – jurídico, el Estado en los casos de desalojo forzoso, se encuentra ante el dilema sobre qué derecho constitucional debe prevalecer. Considerando la sensibilidad del tema objeto del presente trabajo de investigación, la simple integración del Derecho a la Vivienda en la Carta Magna, no sería suficiente para garantizar la coexistencia entre los dos derechos materia de análisis, en los casos de desalojo forzoso. Adicionalmente a ello y, para complementar la postura argumentada, se sugiere la aplicación de los siguientes principios, cuyo significado se considera oportuno resumir, como se indica a continuación:

- Principio Interpretación Pro Homine: asigna al Derecho a la Vivienda un elemento prioritario, intrínseco e inherente a la dignidad humana.

- Test de Proporcionalidad: permite que cada caso que se manifieste en la realidad, deba ser analizado bajo distintos aspectos para evitar que se generen abusos o aprovechamientos indebidos. Si de un lado, no todos los predios objeto de desalojo forzoso tienen como finalidad el uso habitacional, sino productivo, recreacional, etc.; de otro lado, el Derecho a la Vivienda, no puede amparar las invasiones de terrenos, la ocupación de áreas protegidas, restringidas o de interés especial (zonas arqueológicas, naturales, riberas, etc.); y, la especulación mediante el tráfico de aquellos terrenos objeto de invasión.

Por tanto, bajo dichas condiciones, es necesario modificar la Constitución vigente, en el sentido de restablecer expresamente el Derecho a la Vivienda dentro el texto constitucional, en concordancia con los lineamientos de la Constitución de 1979, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 1948 y los correspondientes Tratados, Declaraciones y Acuerdos Internacionales suscritos y ratificados por el Perú en materia de Derechos Humanos.

Un tema paralelo, que puede ser inspirador, es aquel relativo a la introducción expresa del Derecho de Acceso al Agua como Derecho Constitucional, concretizado mediante la Ley N° 30588 del año 2017; y, presente en la Carta Magna vigente, dentro el artículo 7°- A que, textualmente, afirma:

El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos. El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible. (Ley N°30588, 2017, Congreso de la Republica)

Como se puede apreciar, el Legislador ha sentido como necesario otorgar el rango constitucional al Derecho de Acceso al Agua, asignándole valor público y patrimonio de la Nación, concretizando su introducción en la misma Constitución Política. De reflejo, se han generado distintos derechos a ello relacionado como el mismo acceso, calidad, salubridad, servicios, instalaciones, suministro, suficiencia, entre otros, del líquido elemento, en aras de garantizar su goce y consecuente bienestar a favor de los ciudadanos.

Como se puede bien observar, cuando se indica que el Estado garantiza el acceso al agua priorizando el consumo humano sobre otros usos, se ve claramente plasmado en concreto el Principio de Interpretación Pro Homine.

Por tanto, con las debidas proporciones que existen entre el Derecho de Acceso al Agua y el Derecho a la Vivienda, siendo el primero referido a un recurso natural, se puede reflexionar y traer inspiración para que el segundo sea introducido expresamente en la Constitución Política vigente.

En fin, se considera que el texto que debe integrar el Derecho a la Vivienda en la Carta Constitucional, debe ser incluido en el Título I, Capítulo II, Artículo 7° inc. B, referido a los Derechos Sociales y Económicos y, debe decir:

El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder a una vivienda digna y adecuada. Las instituciones públicas fomentan y promueven todos los proyectos, programas, financiación, u otros instrumentos pertinentes, para convertir en efectivo, progresivo y universal su cumplimiento.

En fin, la realidad social presente en el Perú, evidencia una crisis habitacional crónica que está generando conductas desesperadas por parte de los ciudadanos, quienes se ven, en la práctica, obligados a invadir terrenos; o, en su defecto, modificar el uso de terrenos agrícolas a fines habitacionales, lo que genera especulación y falsas expectativas; y, adquirir bienes inmuebles que no reúnen todos los requisitos para tener a futuro una vivienda digna.

Además, a causa del alto costo presente en el mercado inmobiliario para acceder a una vivienda adecuada, se está creando una fuerte discriminación entre los ciudadanos pudientes y aquellos que se encuentran económicamente excluidos, propio por sus bajos recursos. Y, no habiendo otra alternativa, según lo argumentado en la presente investigación, el Estado está incumpliendo con proteger y garantizar un derecho inherente a la dignidad de cada ser humano, como el Derecho a la Vivienda.

En cambio, dicha situación, genera numerosos conflictos sociales que, según el caso, pueden desembocar en desalojos forzosos o en una inescrupulosa instrumentalización de una necesidad básica. Por tanto, de un lado, es oportuna una adecuación de la postura jurídica de las leyes respecto de la realidad nacional, integrando en la Carta Magna el Derecho a la Vivienda digna y adecuada; de otro lado, es necesario que el Estado promueva políticas de viviendas públicas capaces de prevenir conductas contrarias al ordenamiento jurídico nacional, dictadas por la impelente necesidad de tener una vivienda. Paralelamente, el Estado debe asegurar estándares de calidad de vida de todos los ciudadanos, en concordancia con sus fines de garantizar el bienestar, seguridad y dignidad de cada individuo, sin discriminación de algún tipo.

3.3 Conclusiones.

1. Se determina que, en relación a las categorías empleadas, el Derecho de Propiedad, aunque sea expresamente integrado y garantizado en la Constitución Política vigente, no es un derecho absoluto. Presenta limitaciones, restricciones e instituciones jurídicas, como la expropiación y la usucapión, que contradicen el carácter absoluto del Derecho de Propiedad.

Se determina que, el Derecho a la Vivienda es uno de rango constitucional, por ser inherente a la dignidad humana y al bienestar de los individuos. No se refiere solamente al hecho de contar con una simple vivienda; sino, abarca la necesidad de gozar de servicios básicos (agua, desagüe, luz eléctrica, etc.) y públicos (transportes, educación, salud, etc.), que otorguen un carácter digno y adecuado a la vivienda misma.

Se determina que, los desalojos forzosos son prácticas que lesionan los derechos constitucionales. Pueden ser de carácter extrajudicial cuando, sin ningún mandato judicial, se quiere desalojar uno o más individuos; o, de carácter judicial, cuando no obstante se tenga el debido mandato, se cumple afectando los derechos fundamentales de las personas desalojadas.

2. Se determina que, existe colisión constitucional entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso, en el sistema jurídico – constitucional peruano. En efecto, el Derecho a la Vivienda ostenta el rango constitucional, cuya integración se canaliza mediante la Cuarta Disposición Final y Transitoria y, los artículos 1º y 3º de la Constitución Política vigente, que introducen aquellos lineamientos contenidos en los Tratados, Declaraciones y Acuerdos Internacionales, suscritos y ratificados por el Estado peruano. Consecuentemente, aunque el Derecho a la Vivienda no se encuentre expresamente normado en la Carta Magna vigente, es merecedor de las correspondientes garantías y protecciones, como lo ha indicado también el Tribunal Constitucional del Perú, en el Pleno Jurisdiccional N° 00011-2010-PI/TC de fecha 14 de junio del año 2011, actuando como ponente el magistrado Eto Cruz. Y, en los casos de desalojo forzoso, se concretiza una colisión de derechos constitucionales originada por el conflicto de intereses que reclaman, de un lado, el titular del Derecho de Propiedad; y, de otro lado, los sujetos afectados por el desalojo forzoso, quienes necesitan contar con una vivienda digna y adecuada.

3. La condición que se genera como consecuencia de la aludida colisión, en los casos de desalojo forzoso, es de doble naturaleza. La primera es netamente jurídica, en cuanto, el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda ostentan ambos un rango constitucional. Sin embargo, el segundo, no tiene su debida integración expresa en la Constitución Política vigente y no cuenta con las correspondientes herramientas legales para su concreta definición, protección y garantía. Por tanto, dicha ambigüedad, genera un vacío o incertidumbre jurídica que fomenta el abuso de ambos derechos; y que, a su vez, propicia la misma colisión entre ellos. La segunda naturaleza es de carácter factico: bajo las condiciones jurídicas aludidas, el propietario de un bien inmueble (incluyendo el Estado) puede desalojar a los ocupantes de un bien inmueble invocando su legítimo Derecho de Propiedad. De otro lado, la población o peor aún, organizaciones criminales, invaden y ocupan terrenos en abandono o ajenos, reclamando su legítimo Derecho a la Vivienda. Entonces, dicha condición ambigua se sustancia en la realidad en conflictos sociales que crean división y sufrimiento en la población. Cuando en cambio, el Estado debería proporcionar seguridad y bienestar a su población, a través de políticas sociales y económicas, en concordancia con sus finalidades.
4. Se determina que, prima facie, el Derecho a la Vivienda tiene preeminencia sobre el Derecho de Propiedad, en los casos de desalojo forzoso, bajo la imprescindible aplicación del Principio de Interpretación Pro Homine y el correspondiente Test de Proporcionalidad. En efecto, la doctrina jurídica nacional e internacional ha reconocido el Derecho a la Vivienda como uno inherente a la dignidad humana. La postura del presente trabajo de investigación, no es menoscabar el Derecho de Propiedad a favor del Derecho a la Vivienda, sobre todo cuando ya se han normado debidamente los procesos de desalojo, expropiación y prescripción adquisitiva de dominio, por las vías procesales correspondientes, garantizando el debido proceso. Al contrario, se quiere elevar el Derecho a la Vivienda al rango que se merece dentro el contexto de un país que se rige bajo las formas de un Estado Democrático de Derecho. Éste, debe garantizar a todos los ciudadanos el derecho de acceder a una vivienda digna y adecuada en forma homogénea, conforme al rol que representa, en relación a su función de protector de la dignidad humana, tal cual lo precisa el artículo 1º de la Carta Magna.

5. Se identifica que, es necesaria una modificación de la Carta Magna vigente, en relación a la integración expresa del Derecho a la Vivienda, para solucionar la ambigüedad o vacío jurídico que al momento se presenta a nivel constitucional, debido a su exclusión. Considerando la forma con la cual se han constitucionalizado los Derechos Humanos en la actual Carta Constitucional, el Derecho a la Vivienda debe ser integrado en la parte relativa a los Derechos Sociales y Económicos, por su carácter progresivo. Además, se señala que, a la fecha, existen cuatro (04) Proyectos de Ley que, directamente o indirectamente, solicitan la integración expresa del mencionado derecho a nivel constitucional, que son:

- *Proyecto de Ley N° 3371/2018 – CR;*
- *Proyecto de Ley N° 3395/2018 – CR;*
- *Proyecto de Ley N° 3609/2018 – CR; y,*
- *Proyecto de Ley N° 3875/2018 – CR.*

Por tanto, el mismo órgano legislativo, considera relevante concretizar la integración expresa del Derecho a la Vivienda a nivel constitucional, para otorgar la debida fuerza y protección legal a un derecho considerado fundamental e inherente a la dignidad humana. Su integración expresa, según los casos, puede permitir la canalización de su protección y garantía en la vía judicial; o, en las vías extrajudiciales, a través de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MARCS). Paralelamente, el Estado debe actuar aquellas políticas económicas y sociales que permitan facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada, en beneficio de todos los ciudadanos peruanos.

3.4 Recomendaciones.

1. Se recomienda modificar la Carta Magna vigente con la integración del Derecho a la Vivienda. Al respecto, el texto de la norma debe ser incluido en el Título I, Capítulo II, Artículo 7° inc. B, referido a los Derechos Sociales y Económicos; y, debe decir:

El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder a una vivienda digna y adecuada. Las instituciones públicas fomentan y promueven todos los proyectos, programas, financiación, u otros instrumentos pertinentes, para convertir en efectivo, progresivo y universal su cumplimiento.

2. Se recomienda que, las instituciones públicas, implementen aquellos programas y proyectos de vivienda pública y social que faciliten el acceso a la vivienda digna y adecuada en forma homogénea; en particular modo, a favor de aquel sector social más débil y vulnerable que, por razones económicas, se encuentra excluido de dicha condición. Y, contextualmente, se abandone la política de los bonos que no han surtido algún efecto significativo positivo. En ese contexto, el Ministerio de Vivienda, tendría que elaborar y ejecutar proyectos de viviendas públicas en colaboración con entidades financieras estatales (como el Banco de Materiales, Banmat), para facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada; hecho que, conllevaría la prevención de posibles invasiones de terrenos y ulteriores problemas sociales, como los desalojos forzosos.
3. Se recomienda implementar, por parte del Estado, aquellas políticas económicas y financieras que faciliten el acceso al crédito hipotecario para satisfacer, en forma homogénea, el acceso a una vivienda digna y adecuada. Por tanto, copulativamente al punto 2, el Estado, a través de su principal entidad financiera, el Banco de Materiales (Banmat), debe proveer un adecuado acceso al crédito para los ciudadanos que quieran adquirir un inmueble bajo la modalidad de construcción pública y social, creando en esta forma, un círculo virtuoso que convierta en realidad la posibilidad de contar con una vivienda digna y adecuada para todos los ciudadanos peruanos; y, financieramente beneficioso para la economía pública, contrariamente a la política de los bonos.

4. Se recomienda implementar, en el ámbito de la Defensoría del Pueblo, una oficina “*ad hoc*” competente en materia de Derecho a la Vivienda, para que vele sobre la protección y garantía del mencionado derecho, en su sentido más amplio, lo que incluye aquellos servicios a ello relacionado como agua, desagüe, luz, transportes, educación, salud, etc. Además, dicha oficina debe intervenir en calidad de mediadora en casos de conflictos sociales ocasionados por la amenaza de que se efectúe un desalojo forzoso; como también, ante la invasión de bienes inmuebles públicos o privados. Al respecto, por la relevancia social que caracteriza la mencionada situación que, muchas veces, involucra enteras comunidades, se sugiere que su intervención se base en el uso de los distintos Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MARCS), para propiciar soluciones pacíficas, duraderas y que responsabilicen los actores sobre los compromisos aceptados ante dicha autoridad competente. En particular, los sujetos invasores deben asumir parte del costo social que su conducta ha propiciado y, de otro lado, el Estado debe brindar soluciones prácticas a una problemática que aqueja a sus ciudadanos.

3.5 Fuentes de información.

- ACNUDH. (2010). *El derecho a una vivienda adecuada. Folleto Informativo N° 21/Rev.1*. Portal Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recuperado el 18 de setiembre del 2018, de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf
- ACNUDH. (2014). *Desalojos Forzosos. Folleto Informativo N° 25/Rev.1*. Portal Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recuperado el 15 mayo 2019, de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS25.Rev.1_sp.pdf
- Aldunate, E. (2005). *La Colisión de Derechos Fundamentales*. Revista de Derecho y Humanidades de la Universidad de Chile. Recuperado el 06 de junio 2019, de <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDH/issue/view/1669>
- Aráoz, M. (2018). *Proyecto de Ley N°3875/2018 – CR*. Portal Congreso de la República de Perú. Recuperado el 04 abril 2019, de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0387520190131.pdf
- Asamblea General ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A)*. Paris. Portal Organización de las Naciones Unidas. Recuperado el 05 junio 2018, de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Ateneo de Córdoba. (2018). *Propiedad*. Ateneo de Córdoba. Portal Ateneo de Cordoba. Recuperado el 24 agosto 2019, de <http://www.ateneodecordoba.net/index.php/Propiedad>
- Atienza, M. (1983). *Marx y los Derechos Humanos*. Biblioteca Digital de la Universitat de les Illes Balears. Recuperado el 14 abril 2019, de http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/cuadernosFacultadDerecho/index/assoc/Cuaderno.dir/Cuadernos_1982v001p015.pdf

Ávila, L. (2018). *Proyecto de Ley N° 3395/2018 – CR*. Portal Congreso de la República de Perú. Recuperado el 04 abril 2019, de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0339520180918.pdf

Barceló, J. (1993). *Acerca del fundamento del derecho de propiedad*. Centro de estudios públicos (CEP). Recuperado el 15 marzo 2018, de https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/20160303183230/rev52_barcelo.pdf

Bernal, C. (2003). *Estructura y límites de la ponderación*. Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante (RUA). Recuperado el 12 agosto 2019 de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26_12.pdf

Burga, A. (2012). *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Portal Congreso de la Republica del Perú. Recuperado el 03 mayo 2019, de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/\\$FILE/Burga_Coronel.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/$FILE/Burga_Coronel.pdf)

Bustamante, N. (2012). *Locuciones Latinas en Materia Juridica*. Google Libros. Recuperado el 15 diciembre 2018, de <https://books.google.com.pe/books?id=vK9soJHgYL4C&pg=PA140&lpg=PA140&dq=En+Derecho,+la+propiedad+es+el+poder+directo+e+inmediato+sobre+un+objeto+o+bien,+por+la+que+se+atribuye+a+su+titular+la+capacidad+de+disponer+del+mismo,+sin+m%C3%A1s+limitaciones+que+>

Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Revista Pensamiento Penal. Recuperado el 15 diciembre 2018, de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina34261.pdf>

Castillo, L. (2005). *¿Existen los llamados conflictos entre derechos?* Revista Mexicana de Derecho Constitucional - UNAM. Recuperado el 18 noviembre 2019, de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5726/7510>

CDESC. (1991). *Observacion General N° 4*. Portal Agencia de la Onu para los refugiados. Recuperado el 18 agosto 2018, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf>

CDESC. (1997). *Observación General N°7*. Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (RED-DESC). Recuperado el 24 agosto 2018, de <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-7-derecho-una-vivienda-adeuada>

Código Civil Peruano - Decreto Legislativo N° 295. (1984). Comisión Revisora. Lima, Perú, 14 de noviembre 1984.

Código Penal - Decreto Legislativo N° 635. (1991). Comisión Revisora. Lima, Perú, 08 de abril 1991.

Código Procesal Civil Peruano - Resolución Ministerial N° 010-93 - JUS. (1993). Sector Justicia. Lima, Perú, 23 de abril 1993.

COHRE. (2006). *Desalojos en América Latina: los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Perú*. Portal Agencia de la Onu para los refugiados. Recuperado el 23 febrero 2019, de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2008/6567.pdf>

Constitución española. (1978). Congreso de los Diputados. Madrid, España, 06 de diciembre 1978.

Constitución Nación Argentina. (1994). Poder Legislativo Nacional. Buenos Aires, Argentina, 22 de agosto 1994.

Constitución Política de Colombia. (1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá, Colombia, 04 de julio 1991.

Constitución Política del Perú. (1979). Asamblea Constituyente. Lima, Perú, 28 de julio 1980.

Constitución Política del Perú. (1993). Congreso Constituyente Democrático. Lima, Perú, 01 de enero 1994.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). *Sentencia N° T - 569- 95*. Portal Relatoría Corte Constitucional de Colombia. Recuperado el 14 noviembre 2018, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-569-95.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia N° T - 530/11 del 2011*. Portal Relatoría Corte Constitucional de Colombia. Recuperado el 16 noviembre 2018, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-530-11.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia C - 438/13*. Portal Relatoría Corte Constitucional de Colombia. Recuperado el 15 setiembre 2018, de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_f7a8456551850266e0430a0101510266

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. (2012). *Recurso de hecho - Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo*. Biblioteca Digital de Jurisprudencia - Facultad de Derecho - UBA. Recuperado el 02 octubre 2018, de <http://www.derecho.uba.ar/academica/centro-desarrollo-docente/biblioteca-digital-jurisprudencia-sobre-discapacidad/archivos/fallos/pdf/Q-C-S-Y-c-Gobierno-de-la-Ciudad-de-Buenos-Aires-s-Amparo.pdf>

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (1789). Conseil Constitutionnel. Portal Conseil Constitutionnel de France. Recuperado el 01 mayo 2019, de https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

Decreto Legislativo N° 1070 - Decreto Legislativo que modifica la Ley N°26872, Ley de Conciliación. (2208). Lima, Perú, 28 de junio 2008.

Decreto Supremo N° 014-2008-JUS - Reglamento de la Ley de Conciliación. (2008). Comisión Ministerial. Lima, Perú, 30 de agosto 2008.

D' Onofrio, F. (2015). *Derecho de propiedad y acceso a la vivienda. Colision en el proceso de desalojo. Responsabilidad internacional del Estado*. IJ Editores Argentina. Recuperado el 15 noviembre 2018, de <http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=6877d3b4f72a097b431792d60227cfd>

Enciclopedia Jurídica. (2014). *Colisión de Derechos*. Enciclopedia Jurídica. Recuperado el 15 setiembre 2018, de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/colisi%C3%B3n-de-derechos/colisi%C3%B3n-de-derechos.htm>

Enciclopedia Jurídica. (2014). *Derecho Constitucional*. Enciclopedia Jurídica. Recuperado el 05 noviembre 2019, de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/derecho-constitucional/derecho-constitucional.htm>

Enciclopedia Jurídica. (2014). *Derechos Humanos*. Enciclopedia Jurídica. Recuperado el 15 setiembre 2018, de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derechos-humanos/derechos-humanos.htm>

Enciclopedia Jurídica. (2014). *Expropiación*. Enciclopedia Jurídica. Recuperado el 05 noviembre 2019, de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/expropiaci%C3%B3n/expropiaci%C3%B3n.htm>

Enciclopedia Jurídica. (2014). *Posesión*. Enciclopedia Jurídica. Recuperado el 05 noviembre 2019, de <http://www.encyclopediajuridica.com/d/posesion/posesion.htm>

Fondo Mivivienda. (2019). *Base Legal*. Portal MiVivienda. Recuperado el 12 mayo 2019, de <https://www.mivivienda.com.pe/PortalWEB/fondo-MIVIVIENDA/pagina.aspx?idpage=3#BFH>

Gallardo de Parada, Y. y Moreno, A. (1999). *Serie Aprender a Investigar - Módulo 3 - Recolección de la Información*. Portal Universidad Libre de Colombia. Recuperado el 18 de mayo 2019, de <http://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/images/CEUL/mod3recoleccioninform.pdf>

García, M. (2007). *El problema de vivienda en el Perú: una necesidad básica insatisfecha*. Monografias.com. Recuperado el 13 noviembre 2018, de <https://www.monografias.com/trabajos46/vivienda-peru/vivienda-peru.shtml>

Glave, M. (2018). *Proyecto de Ley N° 3609/2018 – CR*, Portal Congreso de la República del Perú. Recuperado el 27 abril 2019, de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0360920181107..PDF

Golay, C. y Özden, M. (2007). *El derecho a la vivienda*. CETIM. Recuperado el 10 noviembre 2018, de <http://www.cetim.ch/legacy/es/documents/bro7-log-es.pdf>

Gonzales, G. (2010). *Derechos Reales*. Lima, Ediciones Legales. Pág.691

González, M. (2011). *El derecho a la vivienda en el contexto de los derechos sociales*. HURI-AGE - Tiempo de los derechos. Recuperado el 30 agosto 2018, de <http://tiempodelosderechos.es/docs/feb11/derecho-vivienda.pdf>

Guastini, R. (2007). *Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. Portal de Miguel Carbonell. Recuperado el 02 de marzo del 2019, de http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/ponderaci__n_un_analisis.pdf

Hernandez, R., Fernandez, C. y Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. Periodico Oficial del Estado de Jalisco - Mexico. Recuperado el 09 Abril 2019, de https://periodicooficial.jalisco.gob.mx/sites/periodicooficial.jalisco.gob.mx/files/metodologia_de_la_investigacion_-_roberto_hernandez_sampieri.pdf

Ley N° 26872 - Ley de Conciliación. (1997). Congreso de la Republica. Lima, Perú, 12 de noviembre 1997.

Ley N° 27117 - Ley General de Expropiaciones. (1999). Congreso de la Republica, Lima, Perú, 15 de mayo 1999.

Ley N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización. (2002). Congreso de la Republica, Lima, Perú, 17 de julio 2002.

Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. (2002). Congreso de la Republica, Lima, Perú, 17 de noviembre 2002.

Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades. (2003). Congreso de la Republica, Lima, Perú, 26 de mayo 2003.

Ley N° 28687 - Ley de desarrollo y complementaria de formalización de la propiedad informal, acceso al suelo y dotación de servicios básicos. (2006). Congreso de la Republica, Lima, Perú, 15 de marzo 2006.

Ley N° 29785 - Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2011). Congreso de la Republica. Lima, Perú, 06 de septiembre 2011.

Ley N° 30025 - Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura. (2013). Congreso de la Republica, Lima, Perú, 21 de mayo 2013.

Ley N° 30076 - Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana. (2013). Congreso de la Republica. Lima, Perú, 18 de agosto 2013.

Ley N° 30230 - Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país. (2014). Congreso de la Republica, Lima, Perú, 11 de julio 2014.

Ley N° 30588 - Ley de reforma constitucional que reconoce el derecho de acceso al agua como derecho constitucional. (2017). Congreso de la Republica, Lima, Perú, 21 de junio 2017

Ley N°30933. Ley que regula el procedimiento especial de desalojo con intervención notarial. (2019). Congreso de la Republica, Lima, Perú, 23 de abril 2019

Lizana, M. (2018). *Proyecto Ley N°3371/2018-CR*. Portal Congreso de la República. Recuperado el 05 junio 2019, de http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0337120180913.PDF

Martinez, K. (2010). *Derecho de propiedad y renovación urbana en el Perú. Límites y necesidad de limitaciones: ¿Cuándo es necesaria la intervención del Estado?* Repositorio Tesis PUCP. Recuperado el 20 octubre 2018, de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1131>

Monje, C. (2011). *Metodología de la investigación cuantitativa y cualitativa - Guía didáctica*. Congreso enfermería. Recuperado el 27 febrero 2019, de http://congresoenfermeria.com/2016/sites/default/files/styles/monjecarlosarturo-guiadidacticametodologiadelainvestigacion_1421658502527.pdf

Monroy, J. (2004). *La Formación del Proceso Civil Peruano. Escritos Reunidos*. 2ª Edición Aumentada. Lima: Palestra Editores. Pág. 1037

Municipalidad Distrital Cerro Colorado. (2017). *Resolución de Alcaldía N°19-2017-MDCC*. Portal Municipalidad Distrital Cerro Colorado. Recuperado el 24 agosto 2019, de <http://www.mdcc.gob.pe/wp-content/uploads/2017/03/Resoluci%C3%B3n-de-Alcald%C3%ADa-N%C2%B0-019-2017-MDCC.pdf>

OEA. (1948). *Carta de la Organización de los Estados Americanos*. Portal Organización Estados Americanos. Recuperado el 18 setiembre 2018, de http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_Manual_Formacion_Lideres_anexos.pdf

OEA. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Portal Organización Estados Americanos. Recuperado el 02 octubre 2018, de https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf

- ONU. (1965). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Portal Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recuperado el 10 mayo 2019, de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>
- ONU. (1966). *PIDESC*. Portal Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recuperado el 15 mayo 2018, de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- ONU. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Portal Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recuperado el 10 mayo 2019, de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
- ONU. (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Portal Organización de las Naciones Unidas. Recuperado el 10 mayo 2019, de <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- ONU. (2008). *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Portal Agencia de la Onu para los refugiados. Recuperado el 10 noviembre 2018, de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6084.pdf?view=1>
- Pajares, F. (2007). *Los Elementos de una Propuesta de Investigación*. Portal de Revistas de la Universidad Nacional de Córdoba - Argentina. Recuperado el 15 Abril 2019, de <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/revaluar/article/view/509>
- Pinto, A. (2011). *Proceso de desalojo*. Blog Pinto Arce. Recuperado 14 marzo 2019, disponible en: <http://pintoarce.blogspot.com/>
- Pinto, M. (1997). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos*. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. Págs. 163-172

Poder Judicial del Perú. (2007). *Derechos Fundamentales*. Diccionario Poder Judicial del Perú. Recuperado el 14 abril 2019, de https://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/diccionario_detalle.asp?codigo=316

Quispe, J., Arias, T. y Maquet, P. (2005). *El problema de la vivienda en Perú: retos y perspectivas*. Revista INVI - Instituto de la Vivienda de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad de Chile. Recuperado el 14 mayo 2019, de <http://revistainvi.uchile.cl/index.php/INVI/article/view/333/877>

Real Academia Española. (2019). *Diccionario RAE*. Portal RAE. Recuperado el 26 Abril 2019, de <http://www.rae.es/>

Rodríguez, A., y Pérez, A. (2017). *Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento*. ResearchGate. Recuperado el 09 Abril 2019, de https://www.researchgate.net/publication/318730360_Metodos_cientificos_de_indagacion_y_de_construccion_del_conocimiento

Sabino, C. (1992). *El proceso de investigación*. Universidad Francisco Marroquín de Guatemala. Recuperado el 18 abril 2019, de http://paginas.ufm.edu/sabino/word/proceso_investigacion.pdf

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2005). *Cas. N° 199-2004 HUAURA*. Jurisprudenciavil. Recuperado el 24 agosto 2019, de <https://www.jurisprudenciavil.com/Prescripcionadquisitivadedominio.htm>

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2017). *Cas. N° 3246 – 2015 Lima*. LP - Pasión por el Derecho. Recuperado el 18 de mayo 2019, de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Legis.pe-Casacion-3246-2015-lima-Animus-domini-como-requisito-para-la-prescripcion-adquisitiva-de-dominio.pdf>

Tamayo, M. (2002). *El proceso de la investigación científica*. Universidad del Colegio Latinoamericano de Educacion Avanzada de Mexico. Recuperado el 10 abril 2019, de <https://clea.edu.mx/biblioteca/Tamayo%20Mario%20-%20El%20Proceso%20De%20La%20Investigacion%20Cientifica.pdf>

- Torres, C.; Vargas, J. (2009). *Vivienda para población desplazada en Colombia: recomendaciones para la política pública y exigibilidad del derecho*. Revista INVI, 24(66), 17-86. Recuperado el 15 de diciembre de 2019, de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-83582009000200002&lang=es
- Torres, D.; Ruiz-Tagle, J. (2019). *¿Derecho a la vivienda o la propiedad privada? De la política pública a la informalidad urbana en el Área Metropolitana de Lima (1996-2015)*. EURE, 45(136), 5-29. Recuperado el 15 de diciembre de 2019, de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0250-71612019000300005&lang=es
- Toyama, J. (1997). *El derecho de propiedad en John Locke*. Portal de Revistas PUCP. Recuperado el 14 abril 2019, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/3250/3087>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2003). *Exp. N.º 0008-2003-AI/TC*. Portal del Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado el 26 julio 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2004). *Exp. N.º 3782-2004-AA/TC*. Portal del Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado el 17 julio 2018, de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03782-2004-AA.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2004). *Exp. N.º 045-2004-PI/TC*. Portal del Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado el 03 mayo 2019, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2004). *Exp. N.º 0048-2004-PI/TC*. Portal del Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado el 12 agosto 2018, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (2005). *Exp. N° 06712-2005-PHC/TC*. Portal del Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado el 14 abril 2019, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (2006). *Exp. N° 0007-2006-PI/TC*. Portal del Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado el 15 abril 2019, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (2010). *Exp. N.° 03258-2010-PA/TC*. Portal del Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado el 26 julio 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03258-2010-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (2011). *Exp. N° 00011-2010-PI/TC*. Portal del Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado el 15 setiembre 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00011-2010-AI.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (2012). *Exp. N.° 0007-2012-PI/TC*. Portal del Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado el 15 setiembre 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00007-2012-AI.html>

Trust Law. (2014). *Derecho a una vivienda digna en Latinoamérica*. Thomson Reuters Foundation. Recuperado el 10 mayo 2019, de <https://www.trust.org/contentAsset/raw-data/d54c4446-8a0c-4000-b30e-3672a1f52dd0/file>

Union Interparlamentaria y ACNUDH. (2016). *Derechos Humanos. Manual para Parlamentarios N° 26*. Portal ACNUDH. Recuperado el 24 agosto 2019, de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians_SP.pdf

Vidal, M. (2005). *El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano - UNAM. Recuperado el 12 julio 2018, de <https://revistas.colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30266/27320>

Villanueva, A. (2015). *Aproximación a la configuración jurídica del derecho a la vivienda dentro del ordenamiento jurídico español*. *Opinión Jurídica*, 14(28), 79-90. Recuperado el 15 de diciembre de 2019, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302015000200005&lang=es

ANEXOS

ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: “COLISIÓN CONSTITUCIONAL ENTRE EL DERECHO DE PROPIEDAD Y EL DERECHO A LA VIVIENDA, EN LOS CASOS DE DESALOJO FORZOSO, EN EL SISTEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL PERUANO”

Bachiller: Alessandro Arfiero

<u>PROBLEMAS</u>	<u>OBJETIVOS</u>	<u>SUPUESTOS</u>	<u>CATEGORIAS Y SUBCATEGORIAS</u>	<u>METODOLOGÍA</u>
<p align="center"><u>PROBLEMA GENERAL</u></p> <p>¿Existe colisión constitucional entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso, en el sistema jurídico – constitucional peruano?</p> <p align="center"><u>PROBLEMAS ESPECIFICOS</u></p> <p>a) ¿Cuál es la condición que genera la colisión del Derecho de Propiedad con el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso?</p> <p>b) ¿El Derecho a la Vivienda tiene preeminencia sobre el Derecho de Propiedad, en los casos de desalojo forzoso?</p> <p>c) ¿Es oportuna una modificación de la Carta Magna vigente en cuanto a la integración del Derecho a la Vivienda?</p>	<p align="center"><u>OBJETIVO GENERAL</u></p> <p>Determinar si existe colisión constitucional entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso, en el sistema jurídico – constitucional peruano.</p> <p align="center"><u>OBJETIVOS ESPECIFICOS</u></p> <p>a) Determinar cuál es la condición que genera la colisión del Derecho de Propiedad con el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso.</p> <p>b) Determinar si el Derecho a la Vivienda tiene preeminencia sobre el Derecho de Propiedad, en los casos de desalojo forzoso.</p> <p>c) Identificar si es necesaria una modificación de la Carta Magna vigente en cuanto a la integración del Derecho a la Vivienda.</p>	<p>Existe colisión constitucional entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso, en el sistema jurídico-constitucional peruano, por la introducción en la legislación nacional del Derecho a la Vivienda mediante los artículos 1°, 3° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado del 1993.</p>	<p align="center"><u>CATEGORÍAS</u></p> <p>a) Derecho de Propiedad. b) Derecho a la Vivienda. c) Desalojo Forzoso</p> <p align="center"><u>SUBCATEGORIAS DE ACUERDO A LA CATEGORÍA DE INVESTIGACIÓN</u></p> <p>a) Derecho de Propiedad: Naturaleza Jurídica y Regulación Normativa. b) Derecho a la Vivienda: Fundamentos, Contenidos, Alcances. c) Desalojo Forzoso: Regulación Normativa.</p>	<p><u>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</u> Básico.</p> <p><u>NIVEL DE INVESTIGACIÓN:</u> Descriptivo.</p> <p><u>MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:</u> Analítico – Sintético; e, Inductivo.</p> <p><u>DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:</u> No Experimental-transversal</p> <p><u>ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN:</u> Cualitativo</p> <p><u>POBLACIÓN:</u> Conjunto de normas internacionales y nacionales que establecen jurídicamente el Derecho de Propiedad, el Derecho a la Vivienda y el desalojo forzoso.</p> <p><u>MUESTRA:</u> Conjunto normativo de carácter nacional sobre el Derecho de Propiedad, el Derecho a la Vivienda y el Desalojo Forzoso.</p> <p><u>TECNICA:</u> Recopilación de información secundaria; análisis documental; entrevista abierta; y, tabulación.</p> <p><u>INSTRUMENTO:</u> Recopilación y análisis de datos; y, Guía de Entrevista.</p>

ANEXO 2: GUIA DE ENTREVISTA

ENTREVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO DE LA CIUDAD DE CUSCO ESPECIALIZADOS EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y CIVIL.

- ✓ **PREGUNTA 1:** ¿Considera Ud. que existe colisión de derechos constitucionales entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso?

- ✓ **PREGUNTA 2:** ¿Según su opinión, que derecho debería prevalecer?

- ✓ **PREGUNTA 3:** ¿Es oportuno, según Ud., integrar el Derecho a la Vivienda en la Constitución Política vigente?

ANEXO 3: PLENO JURISDICCIONAL EXP. N° 00011-2010-PI/TC
TRIBUNAL CONSTITUCIÓN DEL PERÚ

00011-2010-AI

<http://www.ic.gob.pe/jurisprudencia/2011/00011-2010-AIh...>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
00011-2010-PI/TC

SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

32 Congresistas de la República
 contra
 la Municipalidad Metropolitana de Lima

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 32 Congresista de la República, contra el artículo 1.11 y contra el artículo 6 de la Ordenanza N° 1020-MML que modifica la zonificación de los usos del suelo del Cercado de Lima, aprobada por la Ordenanza N° 893-MML.

Magistrados firmantes:

MESÍA RAMÍREZ
ÁLVAREZ MIRANDA
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
URVIOLA HANI

EXP. N.º 00011-2010-PVTC
LIMA
32 CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de junio de 2011, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Calle Hayen y Eto Cruz, y el voto singular del magistrado Vergara Gotelli, que se agregan.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 32 Congresistas de la República contra los artículos 1.11 y 6 de la Ordenanza N° 1020-MML, que modifica la zonificación de los usos del suelo del Cercado de Lima, aprobada por la Ordenanza N° 893-MML.

II. ANTECEDENTES

I. Demanda

Con fecha 14 de mayo de 2010, 32 Congresistas de la República interpusieron demanda de inconstitucionalidad con el objeto de que se declare la invalidez de los artículos 1.11 y 6 de la Ordenanza N° 1020-MML. Alegan que dichas disposiciones legales violan la Constitución, específicamente el principio de supremacía jurídica de la Constitución (artículo 51°), el derecho a elegir el lugar de residencia (artículo 2° inciso 11) y el derecho de propiedad (artículos 2° inciso 16 y 70°).

Según refieren, la Ordenanza N° 893-MML estableció un reajuste integral de la zonificación de los usos del suelo del Cercado de Lima, dentro del cual quedaba inserto el Centro Histórico de Lima y un sector del Distrito del Rimac, determinando que las Zonas de Tratamiento Especial (ZTE 1, ZTE 2 y ZTE 3) tengan como uno de sus usos generales permitidos el de vivienda. Aducen que en virtud de dicha clasificación, numerosas poblaciones, que actualmente tienen como lugar de residencia el Centro Histórico de Lima, ejercieron su derecho a elegir el lugar de su residencia, edificando sus moradas dentro de las zonas calificadas como aptas para uso de vivienda.

Esta situación, alegan, ha sido alterada por los artículos 1.11 y 6 de la Ordenanza N° 1020-MML, tras su calificación como Zona de Reglamentación Especial (ZRE) de un sector del suelo del Cercado de Lima, pues su finalidad es eliminar las viviendas existentes dentro del mismo, al considerarlos como un sector urbano de alto riesgo. Así toda la zona comprendida entre la Av. Morales Suárez, el Río Rímac, la Av. Alfonso Ugarte y el límite con la Provincia del Callao, queda sujeta a una intervención pública destinada a eliminar todos los usos de vivienda en dicho sector. Consideran que ello vulnera el derecho a elegir su lugar de residencia, pues se desconoce, en primer lugar, el acto originario de elección del lugar de residencia que realizaron en su momento los actuales moradores de dicha zona y, en segundo lugar, imposibilita la continuidad del acto residencial posterior al momento de la elección.

Los demandantes también consideran que las disposiciones legales impugnadas vulneran el derecho de propiedad, pues al amparo de la Ordenanza N° 893-MML diversas poblaciones han adquirido el derecho de propiedad sobre dicho suelo, lo cual se fundamenta en una elección libre del lugar de residencia, dentro del marco normativo municipal vigente. En ese sentido, las disposiciones impugnadas de la Ordenanza N° 1020-MML colisiona con el artículo 70° de la Constitución porque introduce una restricción innecesaria del derecho de propiedad, al no haberse fundamentado en una causal de "seguridad nacional" o haberse declarado como de "necesidad pública".

2. Contestación de la demanda

Con fecha 6 de agosto de 2010, la Municipalidad Metropolitana de Lima contesta la demanda y solicita que la misma sea desestimada en todos sus extremos. Alega que la intervención dispuesta por la Ordenanza impugnada incide sobre un área de alto riesgo que actualmente está ocupada por seis asentamientos humanos ("Primero de Mayo", "Dos de Mayo", "Tres de Mayo", "9 de Octubre", "9 de Octubre Segunda Etapa" y "Micro Talleres"). Y que las ocupaciones de dichos asentamientos son de carácter informal, con excepción del asentamiento humano "Dos de Mayo", cuyos moradores cuentan con títulos de propiedad inválidamente expedidos por el CCFOPRI.

Igualmente, aduce que la margen izquierda del Río Rímac, que tiene la zonificación de ZRE, se encuentra fuera de los límites del Centro Histórico de Lima, careciendo esta zona, por tanto, de "uso de vivienda". Además, la Ordenanza N° 893-MML no estableció que el ámbito comprendido entre la Av. Morales Suárez, el Río Rímac, la Av. Alfonso Ugarte y el límite con la Provincia del Callao sea apto para vivienda.

Por otro lado, precisa que la Ordenanza N° 1020-MML modifica los usos de la zonificación de los Usos del Suelo del Cercado de Lima, disponiendo que en toda la zona comprendida en su artículo 6, calificada como ZRE, se incluya en el Plano de Zonificación el texto "ZRE por Renovación Urbana y Seguridad Física". Esto es, que será materia de intervención por parte de la autoridad competente, por tratarse de un sector urbano de alto riesgo, donde no debe permitirse la permanencia de viviendas, toda vez que representa un peligro para la integridad física de sus pobladores. Añade que tal disposición se justifica en un Informe de Gestión Ambiental [N° 216-2006-CG/MAC] expedido por la Contraloría General de la República, cuya Observación N° 2 y Recomendación N° 4 disponen que la Municipalidad demandada adopte, bajo responsabilidad y dentro de plazos perentorios, medidas preventivas a fin de salvaguardar la integridad física de las poblaciones asentadas en la margen izquierda del Río Rímac, zona considerada como de alto riesgo.

En ese sentido, considera que la Ordenanza impugnada no vulnera el derecho a elegir el lugar de residencia, dado que su ejercicio no autoriza a que éste se instale en un bien de dominio público (como es la faja marginal del Río Rímac), los cuales por su propia naturaleza están destinados a la satisfacción de un interés público. Sobre estos bienes no puede haber propiedad exclusiva y, desde luego, no pueden servir como residencia privada. Por ello, no se vulnera el derecho a elegir el lugar de residencia, toda vez que no pueden existir residencias en zonas de dominio público o en áreas calificadas como de alto riesgo.

En cuanto a que la Ordenanza N° 1020 vulnera el derecho a la propiedad, señala que tal violación no existe porque uno de los asentamientos humanos cuyos pobladores tienen títulos de propiedad otorgados por COFOPRI recae sobre zonas de dominio público hidráulico, que no admiten propiedad exclusiva de los particulares, así como en zonas riesgosas donde la titularidad privada no es factible.

III. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio de la demanda

1. La pretensión que contiene la demanda es que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1.11 y 6 de la Ordenanza 1020-MML, por vulnerar los derechos de propiedad y a elegir el lugar de residencia.

§2. Derecho a la propiedad y Ordenanza 1020-MML

a) Alegatos de los demandantes

2. Alegan los demandantes que los artículos 1.11 y 6 de la Ordenanza 1020-MML vulneran el derecho a la propiedad. Consideran que dichos artículos contravienen el artículo 70° de la Constitución porque no cumplen los requisitos que deben concurrir para restringir el derecho de propiedad. En particular, que se tratan de medidas innecesarias; no se sustentan en razones de seguridad nacional; que el espacio donde residen no ha sido declarado por ley como de "necesidad pública" y que desconoce que dentro del marco regulatorio de la Ordenanza 893-MML, diversas poblaciones han adquirido derechos de propiedad sobre el suelo que han elegido como lugar de residencia.
3. El Tribunal observa que mediante escrito presentado con fecha 14 de setiembre de 2010, los recurrentes presentaron copias de diversos títulos de propiedad otorgados por la Municipalidad de Lima a algunos pobladores que moran en la Zona de Reglamentación Especial (ZRE), así como constancias de posesión y licencias de funcionamiento para realizar actividades de comercio en la zona comprendida en el artículo 6 de la Ordenanza 1020-MML. Igualmente, el Tribunal toma nota de que mediante escrito presentado ante este Tribunal con fecha 11 de febrero de 2011, los recurrentes han precisado que la objeción de constitucionalidad planteada no se funda en una violación directa y actual de los derechos alegados en la demanda (propiedad y libertad de elegir su residencia), sino en el cuestionamiento de la Ordenanza 1020-MML, como una política pública municipal que afecta tales derechos.

b) Alegatos de la Municipalidad de Lima

4. A juicio de la Municipalidad de Lima, la Ordenanza impugnada no vulnera el derecho de propiedad por cuanto la faja marginal del río Rimac es un bien natural asociado al agua y, por ello, constituye parte del dominio público hidráulico. Precisa que en atención a su naturaleza de bien de uso público y de acuerdo con la normativa vigente, las zonas comprendidas en la faja marginal del río Rimac no son susceptibles de propiedad privada y, por ende, no proceden tampoco las acciones de formalización de la propiedad a cargo de COFOPRI. A su juicio, dicho bien no puede ser transferido bajo ninguna modalidad ni tampoco se puede adquirir derechos patrimoniales sobre él. De ahí que el artículo 6 de la Ordenanza 1020-MML no vulnera el derecho de propiedad de los asentamientos humanos que allí han construido sus moradas; de la misma manera, que los títulos de propiedad otorgados por COFOPRI son ineficaces al ser expedidos en zonas de dominio público hidráulico que no admiten propiedad exclusiva, además de tratarse de zonas riesgosas, donde la titularidad privada no es factible.

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

sobre este derecho fundamental, ninguna objeción de invalidez ha de reprochárselo en su nombre.

10. b) Una cuestión distinta sucede con el caso del artículo 6 de la Ordenanza impugnada, que, de la precisión semántica realizada por el artículo 1.11 de la Ordenanza 1020-MML, pasa a explicitar los efectos que se derivarán de lo anterior, y que no es otro que anunciar la futura intervención de la autoridad municipal en la desocupación de las viviendas que allí pudieran existir: *"será materia de intervención por parte de la Autoridad competente, por tratarse de un sector urbano en alto riesgo, donde no debe permitirse la permanencia de viviendas por representar un peligro para la integridad física de los pobladores"*.
11. A estos efectos, y teniendo en consideración lo que la Municipalidad Metropolitana de Lima ha expresado en la contestación de la demanda [en el sentido de que en la referida Zona de Reglamentación Especial (ZRE) existen 6 asentamientos humanos, de los cuales en uno de ellos, cuando menos, sus pobladores cuentan con títulos de propiedad (vid. también *infra*, F.J. 8)], el Tribunal está en la obligación de considerar tanto el caso de quienes (i) no cuentan con títulos de propiedad como (ii) el de aquellos que sí lo tienen.
12. (i) - Por lo que se refiere al caso de quienes no tienen títulos de propiedad, el Tribunal considera que, como es evidente, el artículo 6 de la Ordenanza impugnada no constituye una injerencia a cualquiera de las posiciones *infundamentales* garantizadas por el Derecho de Propiedad. No tanto porque, como en innumerables oportunidades hemos expresado, el contenido constitucionalmente protegido de este derecho no comprende a la posesión sino, fundamentalmente, por el hecho de que en gran parte del área que comprende la Zona de Reglamentación Especial del Cercado de Lima es imposible que un privado, o un conjunto de ellos, puedan alcanzar a titularizar el derecho de propiedad, al tratarse de un bien de dominio público.
13. A estos efectos, como se ha expuesto a lo largo del proceso, el Tribunal toma nota de que el área que comprende la Zona de Reglamentación Especial del Cercado de Lima esencialmente está constituida por la faja marginal del río Rimac. Dicha faja marginal, de conformidad con el artículo 1° del Decreto Supremo N° 12-94-AG, constituye un *área intangible*, encontrándose *"prohibido su uso para fines agrícolas y asentamiento humano"* (énfasis agregado). Del mismo, el Tribunal recuerda que de conformidad con el artículo 7 de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, *"constituyen bienes de dominio público hidráulico (...), el agua (...), y los bienes naturales asociados a esta (...)"*, encontrándose en esta última condición, *"las fajas marginales a que se refiere esta Ley"* [artículo 6.1.1].
14. Tal status jurídico del área que comprende la Zona de Reglamentación Especial del Cercado de Lima ha sido expresamente destacado por el artículo 113.1 del Decreto Supremo N° 001-2010-AG, que Reglamenta la Ley de Recursos Hídricos, al establecer que *"las fajas marginales son bienes de dominio público hidráulico. Están conformadas por las áreas inmediatas superiores a las riberas de las fuentes de agua, naturales o artificiales"*. También por el artículo 15.1 del mismo Decreto Supremo 001-2010-AG, al determinar que *"está prohibido el uso de las fajas marginales para fines de asentamiento humano, agrícola u otra actividad que las afecte. La Autoridad Nacional del Agua en coordinación con los gobiernos locales y Defensa Civil promoverán mecanismos de reubicación de poblaciones asentadas en fajas marginales"*.
15. Por tanto, en la medida que la faja marginal del Río Rimac, constituida esencialmente por el área que comprende la Zona de Reglamentación Especial del Cercado de Lima, constituye un bien de dominio público del Estado, allí no puede titularizarse derechos de propiedad por parte de particulares. Como tal, dicha área tiene el carácter de imprescriptible (lo que significa que su posesión por el paso prolongado del tiempo, no da lugar a derechos de propiedad) e inalienable (lo que significa que el Estado no puede enajenar estos bienes), según recuerda el artículo 73 de la Constitución [*"los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento*

económica”].

16. (ii) - Por otro lado, en una situación *in genere* se encuentran aquellos pobladores que han edificado sus moradas dentro del área que comprende la Zona de Reglamentación Especial del Cercado de Lima, y cuentan con títulos de propiedad expedidos por sucesivas administraciones de la misma Municipalidad de Lima Metropolitana, inscritas en Registros Públicos. Es *in genere* (o tal vez, “sin género”) la situación en la que se encuentran, pues encontrándose legal y constitucionalmente prohibido que particulares puedan titularizar el derecho de propiedad en bienes de dominio público, sin embargo, el mismo Estado, a través de sus instancias administrativas competentes, les ha reconocido tal titularidad, con la entrega de los títulos de propiedad correspondientes.
17. Tal situación en la que este grupo de pobladores se puedan encontrar, por muy peculiar que pueda ser, sin embargo, tampoco plantea una injerencia abstracta en el ámbito protegido por el derecho de propiedad de parte del artículo 6 de la Ordenanza impugnada. Como se puede corroborar de dicha disposición, ella anuncia una “intervención por parte de la Autoridad competente, por tratarse de un sector urbano en alto riesgo, donde no debe permitirse la permanencia de viviendas por representar un peligro para la integridad física de los pobladores”.

La expresión “intervención”, en este contexto, puede aludir a diversas medidas y de muy distinta naturaleza. Desde declarar la nulidad de oficio determinados actos administrativos, pasando por iniciar una acción contenciosa administrativa destinada a obtener un pronunciamiento judicial que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de determinados actos administrativos [en ambos casos, si es que no hubiere prescrito el plazo legal correspondiente], hasta, en último término, gestionar ante el Congreso de la República la aprobación de una ley expropiatoria, cumpliéndose las condiciones y exigencias que establece el artículo 70 de la Constitución.

Cualquiera fuera la medida que pueda adoptar la Municipalidad Metropolitana de Lima, resulta claro para este Tribunal que el artículo 6 de la Ordenanza 1020-MML, no viola, por sí misma, la propiedad en su condición de instituto constitucionalmente o en su condición de derecho subjetivo constitucional, por lo que este extremo de la pretensión debe desestimarse.

83. Derecho a elegir el lugar de residencia y la Ordenanza 1020-MML

a) Alegatos de los demandantes

18. Se objeta la validez constitucional de los artículos 1.11 y 6 de la Ordenanza 1020 MML. A juicio de los recurrentes, dichos preceptos violan la libertad de residencia, pues si bien la Municipalidad emplazada tiene la competencia para establecer la zonificación de la circunscripción territorial de Lima, su determinación no puede afectar éste derecho, sobre todo cuando su ejercicio se realizó dentro de los márgenes constitucionales y normativos entonces vigentes (folios 3-4).

A tal efecto, recuerdan que cuando edificaron sus moradas, se encontraba vigente la Ordenanza 893-MML, que estableció que las ZTE 1, la ZTE 2 y la ZTE 3 tenían, entre sus usos generales permitidos, el de vivienda. Refieren que tal situación jurídica fue alterada por los artículos 1.11 y 6 de la Ordenanza N° 1020-MML, la que varió su calificación a Zona de Reglamentación Especial (ZRE), tras ser considerada sector urbano en alto riesgo. Aducen que tras dicha modificación, la zona comprendida entre la Av. Morales Duárez, el Río Rimac, la Av. Alfonso Ugarte y el límite con la Provincia del Callao, ha quedado sujeta a intervención pública, destinada a eliminar todos los usos de vivienda en dicho sector. Consideran que los artículos de la Ordenanza impugnada violan la libertad de residencia, pues desconoce, en primer lugar, el acto originario de elección del lugar de residencia que realizaron en su momento los actuales moradores de dicha zona; y, en segundo lugar, porque imposibilita la continuidad del “acto residencial” posterior al momento de la elección.

b) Alegatos de la Municipalidad de Lima

19. La Municipalidad emplazada aduce que la intervención dispuesta por la Ordenanza 1020-MML incide sobre un área de alto riesgo que actualmente está ocupada por seis asentamientos humanos ["Prisero de Mayo", "Dos de Mayo", "Tres de Mayo", "9 de Octubre", "9 de Octubre Segunda Etapa" y "Micro Talleres"] que tienen carácter informal, con excepción del asentamiento humano "Dor de Mayo", cuyos moradores que cuentan con títulos de propiedad expedidos por COFOPRI. Igualmente, afirma que la margen izquierda del Río Rimac, que tiene la zonificación de ZRF, se encuentra fuera de los límites del Centro Histórico de Lima, careciendo esta zona el "uso de vivienda". Precisa, además, que la Ordenanza N° 893-MML no estableció que el ámbito comprendido entre la Av. Morales Suárez, el Río Rimac, la Av. Alfonso Ugarte y el límite con la Provincia del Callao, sea apto para vivienda.
20. Por otro lado, precisa que la intervención dispuesta por la Ordenanza cuestionada se sustenta en el Informe de Gestión Ambiental N° 216-2006-CG/MAC de la Contraloría General de la República, cuya Observación N° 2 y Recomendación N° 4, disponen que la Municipalidad demandada adopte, bajo responsabilidad y dentro de plazos perentorios, medidas preventivas a fin de salvaguardar la integridad física de las poblaciones asentadas en la margen izquierda del Río Rimac, pues se trata de una zona considerada como de alto riesgo. En ese sentido, considera que los artículos 1.11 y 6 de la Ordenanza impugnada no vulneran el derecho a elegir el lugar de residencia, pues su ejercicio no se puede realizar sobre bienes de dominio público (como es la faja marginal del Río Rimac), que, por su propia naturaleza, está destinado a la satisfacción de un interés público.

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

21. La libertad de elegir la residencia se encuentra reconocido en el inciso 11) del artículo 2° de la Constitución, según el cual toda persona tiene derecho a:

"(...) a elegir su lugar de residencia".

Dicha libertad constituye una manifestación del principio general de libertad y del libre desarrollo de la personalidad, y garantiza la facultad de toda persona de escoger el lugar geográfico donde establecerse (STC 0000-2009-PI/TC, FJ 14). En los términos que aparece reconocido en el artículo 2°, inciso 11, de la Constitución, ella contiene una doble garantía: por un lado, asegura que ninguna persona pueda ser impedida de establecer su residencia en el lugar libremente elegido; y, de otro, garantiza que ninguna persona pueda a ser obligada a establecerse en un lugar específico para residir. Rechaza, pues, toda medida que pretenda, directa o indirectamente, forzar a abandonar el lugar que las personas han elegido libremente para residir y, en ese sentido, también protege contra toda forma de desplazamiento interno forzoso (CCPR/C/21/Rev.1/Add.8, CCPR OBSERVACIÓN GENERAL 27, General Comment, párr. 7).

22. El concepto de "residencia" no puede entenderse como sinónimo de "domicilio". La residencia comprende el lugar donde una persona decide estar y vivir, con independencia del tiempo de permanencia. Como se ha expuesto, "es el ámbito vital consistente en fijar libremente el lugar donde estar de manera transitoria o permanente" [TCE, STC 060/2010, FJ 8 "a", de 7 de octubre de 2010]. En cambio, el domicilio es el espacio físico donde las personas desarrollan su vida privada. En ese sentido, en la determinación del ámbito de protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio ha de considerarse 2 elementos. Uno subjetivo, conforme al cual el domicilio denota al espacio donde la persona desarrolla su vida en una esfera de intimidad personal y familiar. Y un aspecto objetivo, de acuerdo con el cual este asegura diversos espacios de vida más allá del lugar en el que el ser humano desarrolla su vida personal y familiar. De ahí que "(...) el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima". A través de este derecho no sólo se torna objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella. O dicho con otras palabras, el derecho a la inviolabilidad del

domicilio no sólo garantiza el derecho al espacio físico, sino también al disfrute pacífico de dicho espacio [STC 0003-2005-P/TC]

23. Sin embargo, como sucede con cualquier otro derecho, éste tampoco es absoluto, es decir, cuyo ejercicio no admita restricciones o limitaciones. Así se deriva, por lo demás, del propio inciso 11) del artículo 2 de la Constitución, que prevé la posibilidad de limitar el derecho a elegir el lugar de residencia conforme a "razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería". Pero no sólo por ellos. En infinidad de veces este Tribunal ha reclamado sobre la necesidad de entender los alcances de un derecho fundamental no sólo a partir de la disposición donde éste es reconocido, sino en armonía con la totalidad del ordenamiento constitucional (principio de unidad). Así, por ejemplo, obligaciones estatales de garantizar la vida o la integridad personal, o el propio derecho de propiedad, toleran razonablemente una limitación del derecho a elegir el lugar de residencia. También razones de interés o de necesidad pública pueden considerarse como fines constitucionalmente legítimos que justifiquen intervenciones en el ámbito *prima facie* protegido por este derecho.
24. Ahora bien, los recurrentes consideran que los artículos 1.11 y 6 de la Ordenanza 1020-MML afectan el derecho a elegir el lugar de residencia. Por lo que se refiere a la primera de las disposiciones enunciadas (art. 1.11), el Tribunal vuelve a recordar que su contenido normativo [mediante el cual se aprueba correcciones gráficas del Plano de Zonificación del Cercado de Lima vigente, incluyendo "el texto "ZRE por Renovación Urbana y Seguridad Física" en toda la zona comprendida entre la Av. Morales Duárez, el Puente del Ejército, Río Rimac y el límite con El Callao, calificada como ZRE, en el mismo sentido que está señalado en el Plano de Zonificación vigente para el tramo comprendido entre el Puente del Ejército y la Calle Chepen"] tampoco supone incidencia alguna en el ámbito protegido del derecho a elegir el lugar de residencia. Como antes se ha recordado, éste se limita a incluir el texto "ZRE por Renovación Urbana y Seguridad Física" en el Plano de Zonificación vigente para el tramo comprendido entre el Puente del Ejército y la Calle Chepen. Se trata, por tanto, de una disposición que realiza una precisión en el Plano de Zonificación y no establece por sí misma una intervención en el derecho a elegir el lugar de residencia.
25. b) No sucede lo mismo con el artículo 6 de la referida Ordenanza. Este precepto sí prevé que la Zona de Reglamentación Especial (ZRE), precisada por el artículo 1.11 de la Ordenanza cuestionada, será materia de intervención por parte de la autoridad competente, "por tratarse de un sector urbano en alto riesgo, donde no debe permitirse la permanencia de viviendas por representar un peligro para la integridad física de los pobladores".
26. Ahora bien, según los demandantes el artículo 6 es incompatible con la Constitución porque, debido a la Ordenanza 893-MML, "numerosas poblaciones que actualmente tienen como lugar de residencia el centro histórico de Lima y el Cercado de Lima, tienen legitimado su derecho a elegir dicho lugar de residencia, en virtud a que sus moradas se encuentran dentro de las zonas calificadas como aptas para uso de vivienda".
27. La cuestión esencial de todo ello es, por tanto, determinar si puede ejercerse, sin restricción alguna, el derecho a elegir el lugar de residencia en el área comprendida en el artículo 6 de la Ordenanza 1020-MML. Sin embargo, previamente, debe quedar claro que a tenor del artículo 195° inciso 6 de la Constitución, los gobiernos locales tienen competencia para "planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial". De acuerdo con la Ordenanza 893-MML, que aprueba el reajuste integral de la zonificación de usos del suelo del Cercado de Lima, es cierto que se establecen tres zonas de tratamiento especial (ZTE 1, ZTE 2 y ZTE 3) que, de acuerdo con el Anexo N° 2 de esta Ordenanza, prevé como uso general permitido el de vivienda.
28. Sin embargo, también es verdad que la Ordenanza 893-MML no establece que el área aludida en el artículo 6 de la Ordenanza 1020-MML, esto es, el comprendido entre la Av. Morales Duárez, el Río

Rímac, la Av. Alfonso Ugarte y el límite con la Provincia del Callao, sea apto para vivienda. De ahí que, en la medida que el área descrita por el artículo 6 de la Ordenanza 1020-MML no estuvo destinada como apto para uso de vivienda, es evidente que dicho espacio físico no podía ser elegido como lugar de residencia. En otras palabras preexistía una restricción al ejercicio del derecho a elegir el lugar de residencia en el área descrita en el artículo 6 de la Ordenanza 1020-MML.

29. A juicio de este Tribunal, el límite que en este caso se presenta está vinculado con la protección de otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la integridad física de los pobladores asentados en el área ya aludida. En efecto, ya desde el año 2003, la Municipalidad Metropolitana de Lima había advertido que las viviendas que se encuentran en la denominada zona urbana de alto riesgo, constituían un peligro inminente para sus moradores que se encuentran ubicados en la margen izquierda del río Rímac, la cuadra 1 de la Av. Morales Suárez y el Puente Dueñas.

Asimismo, el Informe de Gestión Ambiental N° 216-2006-CG/MAC, en la Conclusión N° 2 afirma que *"el sector en cuestión está ubicado en la margen izquierda del río Rímac (Cercado de Lima), entre el límite del distrito de Carmen de la Legua Heynoso (oeste), Puente del Ejército (este), margen izquierda del Río Rímac (norte) y la Av. Morales Suárez (sur); el mismo que a lo largo del tiempo ha tenido antecedentes de caídas progresivas del talud por erosión de las bases a consecuencia de las aguas del río Rímac (suelos inestables), ocasionando el colapso de las viviendas tal como se advirtió durante las visitas de campo; con el consecuente riesgo de la vida de las personas que habitan en dicho sector"* (p.53).

Igualmente, en la Recomendación N° 4 del referido Informe, la Gerencia de Medio Ambiente y Patrimonio Cultural de la Contraloría General de la República, se señala que la Municipalidad Metropolitana de Lima debe formular y proponer *"los procedimientos, especificaciones técnicas y correctivos necesarios a efectos que, la zonificación del sector ubicado sobre la margen izquierda del río Rímac (Cercado de Lima), considerada como de 'alto riesgo', no constituya directa o indirectamente la permanencia o el incremento de los pobladores y sus viviendas, merituando la concentración de personas en el referido sector, toda vez que representa un peligro permanente para su integridad física; adoptando las acciones y correctivos del caso para el cumplimiento de las nuevas disposiciones"* (pág. 56).

30. De lo anteriormente señalado puede concluirse que el artículo 6 de la Ordenanza 1020-MML no vulnera el artículo 2° inciso 11 de la Constitución, en la medida que no afecta de manera inconstitucional el derecho a elegir el lugar de residencia. Ello, como ya se ha dicho, por dos razones esenciales: primero, porque el área descrita en dicho artículo no está considerada para uso de vivienda y, en segundo lugar, porque como "área para vivienda", representa una zona de alto riesgo para el derecho a la vida y a la integridad personal de los pobladores que se han asentado en dicho lugar.

De ahí que si bien toda persona tiene derecho a elegir su lugar de residencia, ello será así siempre que no ponga en riesgo su propia vida e integridad personal, o sin afectar otros bienes constitucionales y valores constitucionales. En ese sentido, el alegato del demandante en el extremo que argumenta que los artículos 1.11 y 6 de la Ordenanza 1020-MML vulneran el derecho a elegir el lugar de residencia, debe desestimarse.

Apreciación de hechos en el proceso de control abstracto de constitucionalidad

31. El proceso de inconstitucionalidad es un proceso abstracto en el cual se contrasta la compatibilidad de una norma legal con la Constitución. No obstante, nada impide al Tribunal realizar una apreciación fáctica o de los hechos vinculados con la controversia constitucional, pues, en estricto, toda controversia jurídica tiene un correlato fáctico que no puede ser ignorado por el órgano de control de la constitucionalidad de las leyes.

32. En la doctrina, Fritz Össenschild (*Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*), in *Bundesverfassungsgerichte und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, vol. I, p. 461) y Klaus Jürgen Philipp (*Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts: ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Köln, Berlin, Bonn, München: Heymann, 1971, pp. 2 y ss.) han resultado que muchas veces los elementos normativos y fácticos se presentan no de manera claramente separados, por lo que la apreciación de hechos pasados, presentes y futuros no queda, en principio, al margen de la valoración "abstracta" que realiza el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad.
33. Precisamente esto es lo que sucede en este proceso de inconstitucionalidad. Y es que si bien las disposiciones de la ordenanza cuestionada, en abstracto, no son invalidas, sin embargo, en su aplicación, podrían presentarse algunos problemas en lo que concierne a su constitucionalidad. No sólo en lo que atañe al procedimiento que deba seguirse con los pobladores del Asentamiento Humano Dos de Mayo, muchos de los cuales tienen títulos de propiedad a su nombre, sino también de las condiciones y procedimientos que deban observarse en el desplazamiento de los pobladores del resto de asentamientos humanos que no cuentan con dichos títulos de propiedad, pues, como se le ha informado a este Tribunal, no todos los asentamientos tienen la misma condición jurídica [folio 23], conforme se puede apreciar del siguiente cuadro:

Nº	ASENTAMIENTO HUMANO	SITUACIÓN JURÍDICA
1	Asentamiento Humano Primero de Mayo	Formalizado a nivel de matriz
2	Asentamiento Humano Dos de Mayo	Formalizado y con títulos de propiedad inscritos
3	Asentamiento Humano Tres de Mayo	No formalizado
4	Pueblo Joven 9 de Octubre	Predio matriz inscrita
5	Asentamiento Humano 9 de Octubre Segunda Etapa	No formalizado
6	Asentamiento Humano Micro Talleres	No formalizado

34. En ese sentido, este Tribunal valora positivamente el hecho de que ya desde el año 2003, la Municipalidad Metropolitana de Lima haya propuesto la reubicación de los pobladores que se encuentran en la faja de intangibilidad establecida por el Decreto Supremo N° 012-94-AG, dado que sus viviendas están ubicadas en una zona de alta vulnerabilidad (Oficio N° 1080-2003-MML-DDC, del 10 de diciembre de 2003), realizando, para ello, las coordinaciones respectivas con el Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento (Oficio N° 420-2008-MML-GMM, del 15 de diciembre de 2008) y con la Superintendencia de Bienes Nacionales (Oficio N° 1027-2009-MML-GDU, del 29 de diciembre de 2009).
35. No obstante ello, el Tribunal Constitucional considera que la Municipalidad Metropolitana de Lima, además de las coordinaciones realizadas, debe establecer un diálogo permanente con los pobladores de los asentamientos humanos antes señalados, a fin de que la reubicación se lleve a cabo dentro de la legalidad y sin perjuicio del respeto por el principio de autoridad. En ese sentido, la cuestión social que evidentemente existe en este proceso de inconstitucionalidad no puede ser soslayada por la Municipalidad demandada ni tampoco por los propios pobladores, cuyo asentamiento en un área de alto riesgo representa un peligro permanente para sus vidas y para su propia integridad personal, y en particular para el menor, la madre y el anciano.
36. Por ello, el Tribunal considera necesario que la Municipalidad Metropolitana de Lima, en coordinación con las entidades e instituciones correspondientes, previamente elabore un plan integral de reubicación de los pobladores (titulares y sus familias) de los asentamientos humanos afectados, que garantice:
- La gestión en la aprobación de una ley expropiatoria para los pobladores del Asentamiento Humano Dos de Mayo;
 - La gestión y realización, según corresponda, de programas de viviendas que puedan

- satisfacer equitativamente los problemas ocasionados como consecuencia de la actuación administrativa irregular, de la que no se escapa la propia administración de la Municipalidad Metropolitana de Lima;
- c) La existencia de espacios físicos apropiados donde se realizará la reubicación;
 - d) La reubicación, en condiciones equitativas, de las personas afectadas, para lo cual se deberá elaborar un padrón en el que se registre a todos los afectados;
 - e) La reubicación deberá realizarse bajo condiciones satisfactorias de seguridad y salud;
 - f) La participación de los afectados en la planificación y gestión de su reubicación;
 - g) La información completa y veraz a las personas afectadas sobre los procedimientos de la reubicación.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1.11 y 6 de la Ordenanza N° 1020-MML.
2. Exhortar a la Municipalidad Metropolitana de Lima adopte las medidas especificadas en el fundamento 36.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
ALVAREZ MIRANDA
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
URVIOLA HANI

EXP. N.º 0001-2010-PI/TC
LIMA
32 CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Que no obstante compartir con la parte resolutive y los fundamentos expuestos en la ponencia, considero que adicionalmente se deberá tener cuenta los siguientes argumentos:

1. El artículo 70º de la norma constitucional establece que [e]l derecho de propiedad es inviolable. El estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.
2. Sin embargo, teniendo en cuenta que las viviendas ubicadas en zonas de alta vulnerabilidad ponen en riesgo la integridad física y el patrimonio de los habitantes, la protección frente a fenómenos naturales previsibles, como las crecidas del río, es función indelegable del estado, cuyo descuido podría causarle costosas demandas legales, máxime si estas zonas comprendidas dentro de la línea de ribera, son bienes de dominio público hidráulico conforme a lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 29338, indebidamente tomadas como viviendas sin la autorización debida; por lo que no se podría considerar su reubicación como una expropiación, toda vez que no tiene la calidad de utilidad pública, sino de resguardo de la vida y el patrimonio de sus habitantes.
3. En cuanto al Asentamiento Humano 2 de mayo, este cuenta con título de propiedad, permitiendo que sus propietarios hayan puesto su expectativa de vida e invertido en la construcción de sus viviendas en zonas de alto riesgo, no obstante a que esta zona ubicada en la ribera del río es de alta peligrosidad, por lo que su traslado podría entenderse vulneratorio a su derecho de propiedad, responsabilidad que recae en el ente que la otorgó, por lo que siendo necesaria su reubicación a este grupo de pobladores en resguardo de su derecho a la vida, se les deberá ubicar en un inmueble cuyo valor sea no menor al que venían ostentando, por lo que la aprobación de una ley al respecto por el congreso debe ser inmediata.

00011-2010-A1

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00011-2010>

Si.

CALLE HAVEN

EXP. N.º 00011-2010-P1/C
 LIMA
 12 CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

No obstante estar de acuerdo con el sentido general de los fundamentos expresados en la sentencia

y concordar con el fallo, deben expresar estas consideraciones adicionales, sobre un tema que me parece relevante en la resolución de la presente controversia constitucional.

§ El derecho fundamental a la vivienda adecuada

1. Al margen de la discusión de constitucionalidad que pueda haber en el Proyecto Línea Amarilla, por la afectación del derecho de propiedad de muchos pobladores que residen en la zona de incidencia de este proyecto y que ostentan títulos de propiedad, y de las consideraciones realizadas sobre el derecho a elegir un lugar de residencia, estimo que en el presente caso existía también un problema de afectación ius-fundamental respecto a otro derecho, sobre el cual sin embargo aún no ha existido un pronunciamiento jurisprudencial por parte de este Tribunal.
2. En el caso de autos, el examen de constitucionalidad debía centrarse pues en determinar si existía también una afectación al *derecho fundamental a la vivienda adecuada*. Este derecho, aun cuando no se encuentra incorporado en el listado expreso de los derechos fundamentales que nuestra Constitución recoge, debe ser considerado, por las razones que a continuación se señalarán, en la cláusula de *derechos inominados* del artículo 3 de nuestra Carta Magna, el cual textualmente prescribe: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".
3. En primer lugar, el derecho fundamental a la vivienda se encuentra estrechamente ligado con el principio de *dignidad humana*, pues la posibilidad de contar con un ambiente adecuado, saludable, seguro y apropiado a las necesidades de la persona resulta indispensable para que ésta pueda desarrollar con el mayor grado de libertad todos los atributos inherentes a su personalidad. Así, el derecho fundamental a la vivienda adecuada encuentra vinculación con la definición de la dignidad humana realizada por este Tribunal, cuando ha sostenido que "bajo este principio, el Estado no solo actuará con respeto de la autonomía del individuo y de los derechos fundamentales como límites para su intervención –obligaciones de no hacer–, sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida –obligaciones de hacer–. El Tribunal Constitucional ya ha señalado anteriormente que no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real, lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas"^[1].
4. Por otro lado, atendiendo al *principio de interdependencia e integralidad* en la interpretación de los derechos fundamentales, la centralidad que ostenta el derecho a la vivienda dentro del núcleo básico de necesidades relevantes para la persona resulta más que evidente. Así, como ha sostenido con precisión Gerardo Pisarello "la pretensión de una vivienda adecuada, en realidad, encierra un derecho compuesto, cuya vulneración acarrea la de otros derechos e intereses fundamentales. Su violación hace peligrar el derecho al trabajo, que se torna difícil de buscar, asegurar y mantener. Amenaza el derecho a la integridad física y mental, que se encuentra en permanente jaque cuando se vive bajo la presión de un alquiler que no se puede pagar. Dificulta el derecho a la educación, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad, impracticable en cobijos abarrotados, carentes de las condiciones mínimas de habitabilidad. Menoscaba el derecho a elegir residencia, a la privacidad y a la vida familiar, y condiciona incluso los derechos de participación política"^[2].
5. Por lo demás, la necesidad de otorgar *fundamentalidad* al derecho a la vivienda deriva también de la importancia de incorporar a este bien, con la *prioridad* que corresponde, en el debate público, a efectos de significar un límite en el accionar de las autoridades estatales, como la obligación constitucional de tomar medidas tendientes a satisfacer las distintas necesidades habitacionales que tiene la población. En países como el nuestro, donde las necesidades habitacionales son

amplias y un gran sector de la población carece de las condiciones mínimas de calidad en su vivienda (viviendas jurídica y geográficamente inseguras, viviendas sin servicios básicos como agua, desagüe y electricidad, viviendas no adecuadas a las condiciones climáticas, o viviendas pequeñas e insalubres), la consideración de la vivienda digna como derecho fundamental debe suponer una priorización de esta necesidad básica en las políticas públicas estatales, sobre todo a favor de los sectores más vulnerables de la población.

6. Por último, tal y como lo ha dispuesto la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". Quiere ello decir, que el atributo fundamental de la vivienda digna, debe ser apreciado conjuntamente con las obligaciones que ha asumido nuestro país respecto a ese derecho, en los tratados internacionales. Así, el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". Por su parte, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) dispone "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia". La posición del derecho a la vivienda adecuada como derecho fundamental queda pues reforzada a partir de su inclusión en estos tratados internacionales de derechos humanos, máxime si consideramos la postura de este Colegiado, según la cual los derechos recogidos en dichos tratados son, por esencia, derechos de naturaleza constitucional. Así, el TC ha establecido:

"Por un lado, la Constitución, en el artículo 3°, acoge un sistema de numerus apertus de derechos constitucionales. En efecto, según esta disposición:

"La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno."

Conforme a esta disposición el catálogo de derechos constitucionales no excluye "otros de naturaleza análoga" o que "se fundan" en determinados principios fundamentales del ordenamiento constitucional. Es decir, existe otro conjunto de *derechos constitucionales* que está comprendido tanto por "derechos de naturaleza análoga" como por los que se infieren de los principios fundamentales.

Los "derechos de naturaleza análoga" pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudiera identificarse como tal no cabe duda que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte. En efecto, si en las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico se indaga por aquella donde se pueda identificar derechos que ostentan "naturaleza análoga" a los derechos que la Constitución enuncia en su texto, resulta indudable que tal fuente reside, por antonomasia, en los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza "constitucional"^[3].

7. Una vez consideradas las razones que fundamentan la presencia del derecho a la vivienda adecuada en nuestra Constitución, es preciso abordar ahora el asunto de su *contenido constitucional*, es decir de las exigencias ius-fundamentales que se derivan del mismo. Para dicho fin, resulta relevante observar la definición que sobre el mismo ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual a través de la Observación General N° 4, ha interpretado que:

"En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero

hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, "la dignidad inherente a la persona humana", de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término "vivienda" se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 3: "el concepto de "vivienda adecuada"... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable" (párrafo 7).

8. El derecho a la vivienda adecuada presupone pues un conjunto de elementos, que deben comprenderse en el acceso que toda persona debe tener a una vivienda. Este conjunto de elementos, que configuran la calidad de "adecuada" del espacio habitacional, y que se corresponden con una interpretación basada en el principio de dignidad humana, ha sido desarrollado también, de modo detallado, en la Observación General N° 4, donde se han recogido estos elementos:

a) Seguridad jurídica de la tenencia. La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantiza una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.

b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.

c) Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, commensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar

medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.

d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los

Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.

e) Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.

f) Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.

g) Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos" (párrafo 8).

9. Además de estos elementos del derecho a una vivienda adecuada, los cuales conforme a la característica que corresponde a los derechos sociales, son de aplicación progresiva y están sujetos a la disponibilidad presupuestaria del Estado, otro componente esencial de este derecho es el que se refiere a las obligaciones de "no dañar" y de "proveer recursos", concretizadas, según la Observación General N° 4, en los siguientes recursos judiciales que deben proveer los estados parte del PIDESC:

- a) apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales;
- b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal;

- c) reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación;
 - d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y
 - e) reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas.
10. Dentro de estos componentes que deben buscar preservarse a través de los mecanismos judiciales adecuados, destaca el tema de la *protección contra los desalojos forzados*, como un contenido esencial del derecho fundamental a la vivienda. A este contenido específico del derecho a la vivienda, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales le ha dedicado también una Observación General (OG) especial. Así en la OG N° 7, el Comité destacó "que todas las personas deberían gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desalojo forzoso, el hostigamiento u otras amenazas. Llegó a la conclusión de que los desalojos forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto" (párrafo 1).
- Ahondando más en el tema, el Comité de DESC ha definido los "desalojos forzados" como "el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medidas apropiadas de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzados no se aplica a los desalojos forzados efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos" (párrafo 3).
11. Las medidas esenciales que el Estado debe adoptar para no afectar el derecho a la vivienda producto del acaecimiento de desalojos forzados, debe incluir, en primer lugar, las de carácter legislativo. Así el Comité de DESC ha establecido, en la OG N° 7 que "es indudable que una legislación contra los desalojos forzados es una base esencial para crear un sistema de protección eficaz. Esa legislación debería comprender medidas que a) brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras, b) se ajusten al Pacto y c) regulen estrictamente las circunstancias en que se puedan llevar a cabo los desalojos. La legislación debe aplicarse además a todos los agentes que actúan bajo la autoridad del Estado o que responden ante él. Además, habida cuenta de la creciente tendencia que se da en algunos Estados a que el gobierno reduzca grandemente su responsabilidad en el sector de la vivienda, los Estados Partes deben velar por que las medidas legislativas y de otro tipo sean adecuadas para prevenir y, llegado el caso, castigar los desalojos forzados que lleven a cabo, sin las debidas salvaguardias, particulares o entidades privadas" (párrafo 9).
12. Como ha sido destacado por la Corte Suprema de la India en el *caso Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation* (1985, 3 SCC 545), y como lo ha resaltado el propio Comité de DESC en la OG N° 7, en la protección del derecho a la vivienda frente a los desalojos forzados, el tema de los recursos judiciales y del debido proceso, juega un rol trascendental, al punto de no poder hablar de un desalojo legal en ausencia de una protección judicial debida. En el caso específico del derecho fundamental a la vivienda, el Comité de DESC ha observado que dicho proceso debido debe incluir cuando menos las siguientes garantías:
- a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas;
 - b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo;
 - c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas;
 - d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas;
 - e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo.

EXP. N.º 00011-2010-P/TC
 LIMA
 32 CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones:

1. Llega a nuestra sede la demanda de inconstitucionalidad presentada por 32 congresistas contra los artículos 1.11 y 6 de la Ordenanza N° 1020-MML, puesto que consideran que se está afectando el principio de supremacía jurídica de la Constitución (artículo 51) y los derechos a elegir el lugar de residencia y el derecho de propiedad.
2. Expresan los recurrentes que mediante Ordenanza N° 893-MML se estableció un reajuste integral de la zonificación de usos del suelo del Cercado de Lima, dentro del cual quedaba inscrito el Centro Histórico de Lima y un sector del Distrito del Rímac, determinando que las Zonas de Tratamiento Especial (ZTE 1, ZTE 2 y ZTE 3) tengan como uso de sus usos generales permitidos el de vivienda. Argumentan que en virtud de dicha clasificación numerosas poblaciones, que actualmente tienen como lugar de residencia el Centro Histórico de Lima, ejercieron su derecho a elegir su lugar de residencia, construyendo sus viviendas dentro de las zonas calificadas como aptas para uso de viviendas, asimismo expresan que se ha vulnerado su derecho de propiedad puesto que muchos habitantes han adquirido la propiedad sobre dicho suelo, habiendo contravenido tal situación con los artículos cuestionados.
3. Los demandados por su parte expresan que los artículos cuestionados inciden sobre una zona de alto riesgo, señalando que está ocupada por seis asentamientos humanos teniendo solo el asentamiento dos de mayo títulos de propiedad, irregularmente otorgados por el COFOPRI. Señala Además que la margen izquierda del Río Rímac tiene la zonificación de ZRE, se encuentra fuera de

los límites del Centro Histórico de Lima no pudiendo ser por ende zona de vivienda. Expresa que la Ordenanza N° 893-MML no estableció que el ámbito comprendido entre la Av. Morales Duartez, el Río Rímac, la Av. Alfonso Ugarte y el límite con la provincia del Callao sea apto para vivienda.

4. Refieren también que la ordenanza cuestionada modifica los usos de zonificación de los usos de suelo del Cercado de Lima, disponiendo que en toda zona comprendida en su artículo 6, calificada como ZRE, se incluya en el Plano de Zonificación el texto "ZRE por Renovación Urbana y Seguridad Física". En tal sentido justifica su decisión en el hecho de que dicha zona materia de regulación es un sector de alto riesgo, por lo que no debe permitirse la permanencia de viviendas, sustentando su decisión en un Informe de Gestión Ambiental (N° 216-2006-CG/MAC), expedido por la Contraloría General de la República, documento en el que se recomendaba a la Municipalidad que se adopten las medidas necesarias en un plazo perentorio para que la población asentada en dicho lugar sea trasladada por razones de seguridad. Afirma que los demandantes no pueden aducir la afectación de sus derechos, puesto que el ejercicio del derecho a elegir el lugar de residencia no a que éste se instale en un bien de dominio público, puesto que éste por su propia naturaleza está destinado a la satisfacción de un interés público, por lo que no puede existir propiedad exclusiva y por ende que no pueda permitirse la residencia privada. Por otro lado, respecto de la afectación del derecho de propiedad se aprecia que al encontrarnos ante un bien de dominio público hidráulico no puede admitirse el otorgamiento de títulos de propiedad en dicha zona, no siendo por ello factible la titularidad privada sobre dicho suelo.
5. Tenemos así que la demanda de inconstitucionalidad contra la mencionada ordenanza esta dirigida a denunciar que tal normativa transgrede el principio de supremacía jurídica de la Constitución (artículo 51°), el derecho a elegir el lugar de residencia (artículo 2°, inciso 11 de la Constitución del Estado) y el derecho de propiedad (artículo 2°, inciso 16) y 70° de la Carta Constitucional). Siendo así corresponde analizar los artículos 1°, inciso 11) y 6° de la Ordenanza N° 1020-MML.

"Artículo 1°: Aprobar las correcciones graficas, del Plano de Zonificación del Cercado de Lima vigente, aprobado mediante la Ordenanza N° 893-MML, en el sentido siguiente: (...)

1.11 Incluir el texto "ZRE por Renovación Urbana y Seguridad Física" en toda la zona comprendida entre la Av. Morales, el Puente del Ejército, Río Rímac y el límite con El Callao, calificada como ZRE, en el mismo sentido que está señalado en el Plano de Zonificación vigente para el tramo comprendido entre el Puente del Ejército y la Calle Chopen"

"Artículo 6°: El área comprendida entre la Av. Morales Duartez, el Río Rímac, la Av. Alfonso Ugarte y el límite con la Provincia del Callao, calificada en el Plano de Zonificación del Cercado de Lima como Zona de Reglamentación Especial (ZRE), será materia de intervención por parte de la Autoridad competente, por tratarse de un sector urbano en alto riesgo, donde no debe permitirse la permanencia de viviendas por representar un peligro para la integridad física de los pobladores."

Derecho de Propiedad

6. El derecho de propiedad se encuentra reconocido por el artículo 2°, inciso 16 de la Constitución, según el cual: "Toda persona tiene derecho: 16) A la propiedad (...)" así como por su artículo 70°, a tenor del cual: "El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza".
7. Asimismo este Colegiado en la STC N° 0008-2003-AI/TC ha expresando que el derecho de propiedad:

"Establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá

recuperarlos si alguien se ha apoderado de él sin derechos legítimos.

Dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando éstos habilitados para usar y disponer autodeterminadamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa.

Tal como se estableció en el histórico caso "Campbell vs Holt", el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil.

Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda "enclaustrada" en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad in totum de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica.

Al respecto, Gregorio Badeni (Instituciones de Derecho Constitucional, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997) comenta que "incluye tanto a las cosas como a los bienes e intereses estimables económicamente que puede poseer una persona. Comprende no solamente el dominio sobre las cosas, sino también la potestad de adquisición, uso y disposición de sus bienes tangibles e intangibles [...] los intereses apreciables económicamente que puede poseer el hombre fuera de sí mismo, al margen de su vida y libertad de acción".

En lo esencial, se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana, que impulsa al individuo a ubicar bajo "su" ámbito de acción y autoconsentimiento, el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial.

Ahora bien, la referencia al bien común establecida en el artículo 70° de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad.

El funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía.

Tal como refiere Haberle, (El Estado Constitucional, México: UNAM, 2001) "en la democracia pluralista, el bien común -idéntico al interés público- es indispensable". Incorporando la necesaria referencia al bien común en el desarrollo de la institución de la propiedad, dicha libertad fundamental se convierte en parte integrante del interés público.

Ahora bien, nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Se trata, en efecto, de un "instituto" constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son sólo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en

la Francia revolucionaria.

Pablo Ramella (Los Derechos Humanos. Buenos Aires: Depalma, 1980) precisa que "la función social de la propiedad se traduce constitucionalmente en limitaciones al ejercicio de este derecho y en obligaciones a cargo del propietario, impuestas unas y otras en beneficio del bien común". Dicho concepto obliga a que se armonice el interés del propietario con el de la comunidad, procediéndose, para tal efecto, a que el Estado modere su ejercicio a través de la reglamentación.

La exigencia de funcionalidad social surge de la aplicación del principio de justicia; es decir, dentro del Estado democrático y social de derecho, la propiedad no se agota en un cometido individual, sino que se despliega hasta lograr una misión social, por cuanto ésta debe ser usada también para la constitución y ensanchamiento del bien común.

El propietario dispondrá, simultáneamente, del poder de emplear su bien en procura de lograr la satisfacción de sus expectativas e intereses propios y los de su entorno familiar; y el deber de encauzar el uso y disfrute del mismo en armonía y consonancia con el bien común de la colectividad a la que pertenece.

Derecho de propiedad y sus limitaciones

8. Este derecho no se encuentra exento de limitaciones, es decir no estamos ante un derecho fundamental absoluto, puesto que se encuentra limitado por disposiciones constitucionales expresas o por delimitaciones tácitas. Una de las limitaciones a las que está expuesta el derecho de propiedad es la denominada **expropiación**.

9. Este Colegiado en la STC N° 0031-2004-PI/TC ha señalado que

"(...) la privación de la propiedad, como consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado, no constituye un supuesto de limitación del derecho, sino de sacrificio del mismo. La diferencia es muy importante, ya que, a diferencia de lo que es propio de un supuesto de limitación o regulación del derecho de propiedad, que no es indemnizable, el efecto inmediato del ejercicio de la potestad expropiatoria es afectar el núcleo dominical de la propiedad, por lo que, de conformidad con el artículo 70° de la Constitución, su eficacia está condicionada al pago previo, en efectivo, de la indemnización correspondiente.

El artículo 70° de la Constitución establece, en principio, y como regla general, que: "nadie puede ser privado de su propiedad"; pero, a la vez, prevé que, excepcionalmente, se puede privar de ella por causas de seguridad nacional o necesidad pública. "Privar" de la propiedad supone "despojar" o "sacrificar" a su titular las potestades que concede la propiedad de algo. Como tal, "supone un ataque exterior (al derecho), en virtud de fundamentos distintos de los que sostiene su propio contenido, normal o reducido" (Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, Civitas, 2000, pág. 340).

La expropiación consiste en una potestad que se concretiza en un acto de derecho público por el cual el Estado priva coactivamente a un particular, o a un grupo de ellos, de la titularidad de un determinado bien. Para ello, es preciso que el Poder Legislativo lo declare, mediante ley, y sobre la base de la existencia de una causa real y apremiante de seguridad nacional o necesidad pública.

Dado que la expropiación compromete seriamente la titularidad de la propiedad de bien, la Constitución ha establecido una serie de garantías para que se lleve a cabo el ejercicio de esta potestad. (resaltado nuestro)

Según el artículo 70° de la Constitución, el ejercicio de la potestad expropiatoria:

- a) Debe obedecer a exigencias de "seguridad nacional" o "necesidad pública";*
- b) Está sujeto a una reserva de ley absoluta, es decir, debe declararse mediante una ley expedida por el Congreso de la República;*
- c) Supone la obligación del Estado de pagar, en efectivo, la indemnización justipreciada que compense el precio del bien materia de expropiación.*

10. En conclusión estamos ante un derecho fundamental, que como los demás derechos, merece la protección plena por parte del Estado, existiendo solo por excepción limitaciones a su ejercicio, limitación que debe cumplir con determinados supuestos, puesto que limitar este derecho sin cumplir con las exigencias constitucionales constituiría propiamente convertir la excepción en regla, vaciando de contenido el derecho fundamental a la propiedad.

En el presente caso

11. A efectos de resolver el presente caso previamente debemos referirnos a la Ordenanza Municipal N° 893-MML, puesto que dicha normativa aprobó el plano de zonificación de los usos de los suelos del Cercado de Lima, expresando como usos generales permitidos, el de vivienda, es decir dicha ordenanza manifestó la habitabilidad de la zona referida. En virtud de dicha permisón es que diversas personas constituyeron sus domicilios en tal lugar.
12. Asimismo se hace necesario en el caso de autos -para realizar un análisis objetivo de la ordenanza- realizar la precisión en relación a qué derecho ostentan los habitantes de dicho lugar respecto de sus propiedades ubicadas en el área comprendida entre la Av. Morales Duarez, el Río Rimac, la Av. Alfonso Ugarte y el límite con la Provincia del Callao, zona calificada como Zona de Reglamentación Especial (ZRE), zona que es materia de intervención a través de la ordenanza cuestionada, es decir es necesario determinar quienes tienen la calidad de propietarios y quiénes no. Revisados los autos encontramos en el cuadernillo de este Tribunal, a fojas 23, que existen 6 asentamientos humanos denominados: "Dos de Mayo", "Primer de Mayo", "Tres de Mayo", "Pueblo Joven 9 de octubre", "9 de octubre, segunda etapa, y "Micro Talleres". De los 6 asentamientos humanos referidos, solo el primero de ellos se encuentra FORMALIZADO, lo que significa que sus habitantes tienen títulos de propiedad, ostentando la calidad de propietarios.
13. Respecto del cuestionamiento que se realiza al artículo 1°, inciso II de la Ordenanza cuestionada, es preciso señalar que estoy de acuerdo con la ponencia en mayoría, puesto que el modificar del Plano de Zonificación del Cercado de Lima vigente, *per se*, no implica afectaciones a derechos fundamentales, sino el ejercicio de una de las competencias municipales. Por tanto respecto a este extremo estoy de acuerdo con lo expuesto en el proyecto en mayoría.
14. Respecto del extremo del cuestionamiento al artículo 6° de la Ordenanza N° N° 1020-MML, que dispone la intervención en las zonas mencionadas en los fundamentos precedentes, por considerar que no son aptas para vivienda, debo expresar mi desacuerdo con lo expresado por el proyecto en mayoría.
15. De autos se advierte que por Ordenanza Municipal N° 893-MML, que consideró tal zona como apta para vivienda, un grupo de personas decidieron instalar sus viviendas en dicho lugar, encontrando que formalmente sólo los integrantes del asentamiento humano Dos de Mayo tienen la calidad de propietarios, habiendo obtenido dicho reconocimiento a través del COFOPRI. Por ende considero de importancia referirme a dicho punto específicamente, puesto que si bien existen varios asentamientos humanos, sólo uno se encuentra debidamente inscrito. Por tal razón considero pertinente analizar si

con el artículo 6° de la ordenanza cuestionada se afecta el derecho a elegir su lugar de residencia y su derecho de propiedad, de los pobladores del asentamiento humano Dos de Mayo, ya que son los que ostentan la calidad de propietarios.

16. El derecho a elegir el lugar de residencia es un derecho fundamental reconocido en el inciso 11) del artículo 2° de la Constitución Política, puesto que expresa que toda persona tiene **derecho "A elegir su lugar de residencia"**. Asimismo este Colegiado ha señalado que *"La libre residencia es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona y se refiere a la facultad de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado de escoger su lugar de residencia, según lo han expresado con claridad la Corte Interamericana de Derechos Humanos [párrafos 110 y 168 de la Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Caso de la Masacre de Mapiripán; párrafos 115 y 194 de la Sentencia de 31 de agosto de 2004, Caso Ricardo Canese; párrafo 110 de la Sentencia del 15 de junio de 2005, Caso de la Comunidad Morwana; párrafo 206 de la Sentencia del 1 de julio de 2006, Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia] y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas [párrs. 1, 4, 5 y 19 de la Observación General N.º 27, de 2 de noviembre de 1999]."*
17. Es así que los demandantes expresan que amparados en una ordenanza municipal determinaron su lugar de residencia, razón por la que consideran que el artículo 6° de la ordenanza cuestionada afecta dicho derecho. No se puede soslayar que el derecho a la vivienda está íntimamente ligado al principio dignidad, razón por la que si bien una ordenanza municipal dispuso que dicha zona era apta para vivienda, en la realidad se ha observado que existen peligros que hacen que dicha zona sea considerada como de inhabilitabilidad, por dicha razón el realizar una intervención a dicha zona no puede ser considerada como una afectación a dicho derecho, puesto que debemos concordar dicho derecho con el principio dignidad (principio sobre el que se erigen todos los otros derechos fundamentales) y con el derecho a la integridad, a la vida, a la salud, entre otros. Y digo esto porque si existe corroboración de que dicha zona no es apta para vivienda, el Estado no puede avalar que existan personas viviendo en dicho lugar sin que existan las condiciones necesarias para habitarlas. Por ende considero que dicha alegación debe ser desestimada.
18. En lo referido a la afectación del derecho de propiedad de los integrantes del asentamiento humano "Dos de Mayo", se observa que en virtud de la Ordenanza Municipal N° 893-MML, ellos determinaron instalar sus viviendas en dicho lugar, habiendo incluso regularizado su situación y obtenido reconocimiento como propietarios a través del COFOPRI. En tal sentido considero que nos encontramos ante auténticos propietarios que han actuado de buena fe en atención a disposiciones otorgadas por la misma municipalidad, quien autorizó que dicha zona –en la que residen desde hace más de 30 años– sea considerada como zona habitable. En tal sentido teniendo la calidad de propietarios, ostentan un derecho fundamental que debe no solo ser respetado sino protegido. Por tanto no puede por una ordenanza municipal disponerse tácitamente la expropiación de los inmuebles de los integrantes del asentamiento humano "Dos de Mayo", puesto que ello constituye una flagrante contravención al derecho de propiedad de los integrantes del referido asentamiento. Claro está si se advierte del peligro inminente al que se encuentran expuesto los propietarios de las viviendas ubicados en la zona intervenida, el Estado puede por una situación de "necesidad pública" disponer la expropiación por LEY y cumpliendo con las exigencias requeridas en la Carta Constitucional. Ya con ley expedida por el Congreso que dispone la expropiación debe realizarse el pago del justiprecio por concepto de indemnización en razón al daño causado a dichas personas.
19. Es así que el contenido del artículo 6° resulta no solo ilegítimo, puesto que está regulando materia que está reservada solo al congreso –expropiación– sino que no ha dispuesto reparación ni solución alguno que puede resolver el daño que se les causará a los pobladores con dicha medida. Cabe mencionar que no solo estamos ante un conflicto de naturaleza legal sino más que nada de carácter social, cuya solución no solo pasa por la compatibilización de las leyes con la Constitución, sino por solucionar un conflicto social que afecta a los integrantes de una sociedad. Son estas las razones por la que considero que la demanda debe ser estimada en este extremo ya que observo que por ordenanza municipal –de manera encubierta– se está disponiendo la expropiación de las viviendas de

los integrantes del asentamiento humano "Dos de Mayo", aspecto que está reservado única y exclusivamente al Congreso de la República, contraviniendo a la vez con dicha disposición el derecho fundamental a la propiedad reconocido en el artículo 2°, inciso 16) y artículo 70° de la Constitución del Estado. Claro está debo señalar que con lo expuesto no quiero expresar que dichas personas deben permanecer en dicho lugar expuestas a un peligro inminente, pero si considero que tal procedimiento debe realizarse por los conductos constitucionales establecidos, ya que de lo contrario más tarde se podría en peligro la propiedad de cualquiera de nosotros quienes podríamos vernos afectados por una disposición municipal que inconstitucionalmente nos privaría de nuestra propiedad.

20. Finalmente y en relación a las personas que sin haber obtenido título de propiedad pero que conducen viviendas a título de propietarios, en dicho asentamiento humano o fuera de él, con aceptación de la Municipalidad correspondiente o sin ella, no podemos desconocer que en nuestro medio el Registro de Propiedad Inmueble no resulta constitutivo de tal derecho puesto que la gran mayoría de inmuebles en nuestro territorio no se encuentran registrados, señalando el artículo 949° del Código Civil que "la sola obligación enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, ..." señalando dicha ley las diversas formas de adquisición de la propiedad y las garantías para la conservación de esta como de la posesión, también las presunciones a favor del poseedor y la imprescriptibilidad de la reivindicación (artículo 927° del Código Civil). Todas estas precisiones nos dicen que la única forma de admitir el desalojo que ha disgustado por el Consejo Metropolitano de Lima es previo pago, al contado, del valor justipreciado de los bienes en poder de los conductores, a través de una ley de expropiación que hasta hoy no se ha emitido.

21. Por ende debo expresar que deben tomarse medidas inmediatas a efecto de que se evite un caos social y miles de familias dispersas sin un lugar en el que puedan habitar. Señalo esto porque no podemos ser ajenos al problema sobre la vivienda que sufre el país, situación por la que encontramos que actualmente existen personas que –en busca de una vivienda– se ven obligadas a instalarse en diversos lugares de la república a fin de subsistir, aunque de manera irregular. Es por ello que considero necesario realizar una reflexión respecto de la realidad que aqueja a nuestro país, no pudiendo mantenernos indiferentes a dicha situación.

Por lo expuesto mi voto es porque se declare **FUNDADA** en parte la demanda de inconstitucionalidad en el extremo que se cuestiona el artículo 6° de la Ordenanza Municipal N° 1020-MML, por contravenir los artículos 2°, inciso 16) y 70° de la Carta Constitucional del Estado, e **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en lo demás que contiene.

SR.

VERGARA GOTELLI

[1] STC 2045-2003-PA/TC, FF.JJ. 20-21.

[2] PISARELLO, Gerardo. *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Icaria-Observatorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Barcelona, 2003, p. 25.

[3] STC 0025-2005-PI/TC, FF.JJ. 28-30.

[4] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-014/04.

ANEXO 4: ANTEPROYECTO DE LEY

SUMILLA: LEY QUE MODIFICA EL TITULO I, CAPITULO II DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, INTEGRANDO EL ART. 7° CON EL LITERAL “B”

PROYECTO DE LEY N° 108 – 2019

El Ilustre Colegio de Abogados de Cusco, debidamente representado por su Decano Dr. Mario Miguel Delgado Montaña, en estricto cumplimiento con lo dispuesto en el art. 107° de la Constitución Política del Perú y, los arts. 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la Republica, presenta el siguiente Proyecto de Ley:

I. ANTECEDENTES.

El cambio de paradigma constitucional, debido a la entrada en vigor de la Carta Magna del año 1993, ha dejado un vacío normativo: a diferencia de la Carta Constitucional de 1979, no se encuentra incluido expresamente el Derecho a la Vivienda, aunque quede latente. Sin embargo, dicha laguna legal, genera ambigüedad, incertidumbre e inseguridad jurídica, provocando una colisión de derechos de rango constitucional, entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en los casos de desalojo forzoso; y, cuyas consecuencias, se reflejan en la realidad social del país.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DONDE SE EXPRESAN LOS FUNDAMENTOS DE LAS PROPOSICIONES DE LEY.

La Constitución Política del Perú del año 1993, actualmente vigente, tiene el propósito de dirigir la política del Estado, dentro el marco de una economía social de mercado.

Si de un lado, en su art. 70°, literalmente, reconoce el Derecho de Propiedad; de otro, mediante el art. 1° y 3°, integra aquellos derechos que tienen su naturaleza intrínseca fundada en la dignidad del hombre. Además, la Cuarta Disposición Final y Transitoria introduce, en el

ordenamiento jurídico nacional, aquellos principios y derechos reconocidos en los Tratados, Declaraciones y Acuerdos Internacionales, suscritos y ratificados por el Perú, como el Derecho a la Vivienda. Consecuentemente, este último, se encuentra tácitamente integrado en la Carta Magna vigente. Por tanto, sea el Derecho de Propiedad, como el Derecho a la Vivienda, ostentan el debido rango constitucional.

En los casos de desalojo forzoso, existe una colisión entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda. En efecto, siendo ambos de rango constitucional, se genera una particular ambigüedad e incertidumbre jurídica, la cual no puede ser dejada de administrar, ni puede ser objeto de interpretaciones subjetivas, a causa de un vacío legal o de una supuesta jerarquía dictada por la praxis. En efecto, la integración de normas en el ordenamiento jurídico nacional, más aún cuando son de rango constitucional, debe ser acompañada por una reforma normativa que permita la armonización con las demás normas vigentes.

Bajo estos presupuestos, la presente modificación normativa quiere devolver el carácter inspirador de la Magna Carta vigente, enfocado en una economía social de mercado. Consecuentemente, a nivel constitucional, es oportuno integrar expresamente el Derecho a la Vivienda, en concordancia con los lineamientos presentes en la Constitución Política del Estado del 1979.

En fin, la referida integración normativa y, la preminencia que ostenta, *prima facie*, el Derecho a la Vivienda, se fundamentan mediante la aplicación del Principio de Interpretación Pro Homine y el correspondiente Test de Proporcionalidad que, permiten garantizar la coexistencia entre el Derecho a la Vivienda y el Derecho de Propiedad; como también, con el entero sistema jurídico nacional.

III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA QUE SE PROPONE SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL.

La presente iniciativa legislativa complementa la Constitución Política del Estado del 1993, adicionando al Título I, Capítulo II, Artículo 7°, el literal “B”, del mismo cuerpo legal, sin introducir ulteriores modificaciones o derogatorias.

IV. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO DE LA FUTURA NORMA LEGAL.

El impacto de la presente iniciativa legislativa resulta favorable. Se debe considerar que, no genera costo alguno al erario nacional; logra solucionar una incertidumbre jurídica que afecta la armonización entre el Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, en particular modo, en los casos de desalojo forzoso; y, fortalece el Principio de Estado de Derecho el cual, regula la convivencia pacífica de la sociedad peruana.

V. FORMULA LEGAL.

Art. 7°- B:

El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder a una vivienda digna y adecuada. Las instituciones públicas fomentan y promueven todos los proyectos, programas, financiación, u otros instrumentos pertinentes, para convertir en efectivo, progresivo y universal su cumplimiento.

Disposición Final: En el plazo máximo de 60 días calendarios se expedirá la publicación de la presente modificación en el diario El Peruano.

Cusco, 27 de setiembre del 2019