



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

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 RAMIREZ
ÁLVAREZ MIRANDA
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
URVIOLA HANI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00011-2010-PI/TC
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

1. 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 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 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 Duárez, 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 COFOPRI.

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 Duárez, 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



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

que tal disposición se justifica en un Informe de Gestión Ambiental [Nº 216-2006-CG/MAC] expedido por la Contraloría General de la República, cuya Observación Nº 2 y Recomendación Nº 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 Rimac), 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 Nº 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 recaen sobre zonas de dominio público hidráulico, que no admite 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

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 70º 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,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

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 Rímac 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 Rímac 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 vulnere 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

5. En la STC 00048-2004-AI/TC (FJ 76-88), este Tribunal destacó que la propiedad no sólo es un derecho subjetivo constitucional, reconocido en los incisos 8) y 16) del artículo 2º de la Constitución, sino también una garantía institucional; un instituto constitucionalmente protegido, al cual el Estado está en la obligación de garantizar su inviolabilidad, pero al mismo tiempo de cuidar porque su ejercicio se realice en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

6. La exigencia de que su ejercicio se realice en armonía con el bien común y dentro de los límites legales hace referencia a la función social que el propio derecho de propiedad “comprende, integra e incorpora, en su contenido esencial” [STC 3347-2009-PA/TC, F.J. 15]. Esta función social explica su doble dimensión y determina que además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención al interés público. En particular, que el ejercicio del derecho de propiedad se desenvuelva de manera acorde con la función social que es parte del contenido esencial del derecho; y, por otro, que las actuaciones e intervenciones del Estado se sustenten en el interés general para el logro del bien común.
7. Desde luego que los deberes estatales que se originan de este derecho no se agota en los de garantía y respeto de la propiedad *privada*. También comprende la obligación de proteger y garantizar la propiedad *pública*. Este Tribunal vuelve a recordar que el artículo 70 de la Ley Fundamental no diferencia entre propiedad pública y privada, de modo que las inmunidades, garantías y deberes que se han expresado a propósito de la propiedad privada [vgr. inviolabilidad] también se extienden al caso de la propiedad pública. Y es que, como se señaló en la STC 00048-2004-PI/TC [F.J. 85], “no hay ninguna razón que impida que la propiedad pública pueda ser tutelada con el mismo fundamento que la propiedad privada”.
8. Puesto que los recurrentes han objetado que los artículos 1.11 y 6 de la Ordenanza 1020-MML afectan el derecho de propiedad, corresponde analizar si el contenido de ambas disposiciones supone una intervención normativa en su contenido *prima facie* protegido. Ambas disposiciones impugnadas precisan lo siguiente:

“Artículo 1.- Aprobar las correcciones gráficas, 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 Duárez, 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 Chepen”.

“Artículo 6.- El área comprendida entre la Av. Morales Duárez, 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”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

9. a) La cuestión de si el artículo 1.11 de la Ordenanza 1020-MML comporta una injerencia normativa en el ámbito *prima facie* garantizado por el derecho de propiedad, el Tribunal ha de responderla negativamente. A estos efectos, el Tribunal está en la necesidad de destacar que el propósito de dicho precepto con rango de ley sólo es aprobar 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 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 Chepen”.

Abstractamente considerado, el artículo 1.11 es indiferente al programa normativo del derecho de propiedad. La precisión semántica que ella contiene al Plano de Zonificación del Cercado de Lima no tiene el efecto de intervenir, restringir o menoscabar el ejercicio y goce de cualquiera de las posiciones *iusfundamentales* que éste garantiza. Por tanto, al no configurar ninguna intervención sobre este derecho fundamental, ninguna objeción de invalidez ha de reprochársele 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 *iusfundamentales* garantizadas por el Derecho de Propiedad. No tanto porque, como en innumerables



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

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 Rímac. Dicha faja marginal, de conformidad con el artículo 1º 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.i].
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 Rímac, 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 económico”*].



16. (ii).- Por otro lado, en una situación *sui generis* 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 *sui generis* (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.

§3. 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,



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

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 Rímac, 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 [“Primero 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 “Dos de Mayo”, cuyos moradores que cuentan con títulos de propiedad expedidos por COFOPRI. Igualmente, afirma 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 el “uso de vivienda”. Precisa, además, que la Ordenanza N° 893-MML no estableció que el ámbito 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.

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 Rímac, 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 Rímac), 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 2º 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 0006-2009-PI/TC, FJ 14). En los términos que aparece reconocido en el artículo 2º, 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.9, CCPR OBSERVACIÓN GENERAL 27. General Comments, 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 éste 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

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-PI/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 Cereado 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 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 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*



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

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-MM4L. Sin embargo, previamente, debe quedar claro que a tenor del artículo 195º 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 Duárez y el Puente Dueñas.



Asimismo, el Informe de Gestión Ambiental N° 216-2006-CG/MAC, en la Conclusión N.º 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 Reynoso (oeste), Puente del Ejército (este), margen izquierda del Río Rímac (norte) y la Av. Morales Duárez (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 consienta 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 2º 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 Össenbühl (“Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht”, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, vol. I, p. 461) y Klaus Jürgen Philippi (*Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts: ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Köln, Berlin, Bonn, München: Heymann, 1971, pp. 2 y ss.) han resaltado 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 inválidas, 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 Humanos 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 inscrito
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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

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:
- a) La gestión en la aprobación de una ley expropiatoria para los pobladores del Asentamiento Humano Dos de Mayo;
 - b) 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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

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
ÁLVAREZ MIRANDA
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
URVIOLA HANI

Lo que certifico:


VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N° 00011-2010-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 70° 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 7° 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.

Sr.

CALLE HAYEN

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CAPELINAS
SECRETARIO RELATOR



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, deseo 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, aún 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 innominados* 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

¹ STC 2945-2003-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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



vivienda digna, debe ser apreciado conjuntamente con las obligaciones que ha asumido nuestro país respecto a este 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 3º, 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 ostenten “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

³ STC 0025-2005-PI/TC, FF.JJ. 28-30.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 5: “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 garantice 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 forzosos*, 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 forzosos son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto” (párrafo 1).

Ahondando más en el tema, el Comité de DESC ha definido los “desalojos forzosos” 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” (párrafo 3).

11. Las medidas esenciales que el Estado debe adoptar para no afectar el derecho a la vivienda producto del acaecimiento de desalojos forzosos, 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 forzosos 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 forzosos 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 forzosos, 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;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



- 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;
 - f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento;
 - g) ofrecer recursos jurídicos; y
 - h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales (párrafo 15).
13. Finalmente, cuando el desalojo vaya a producirse por disposición de alguna entidad estatal, que pretenda su realización fundado incluso en proyectos de desarrollo social, proyectos urbanísticos u otros, el derecho a la vivienda no pierde su entidad, y más bien se ve reforzado por la necesidad de que se lleven a cabo realojamientos, relocalizaciones e indemnizaciones que permitan a las personas afectadas no verse afectadas en este atributo fundamental, consiguiendo reponer su vivienda por otra, brindada en similares condiciones y con los elementos reseñados *ut supra* respecto a una “vivienda adecuada”. Así lo ha dispuesto también el Comité de DESC en su OG N° 7, cuando expresa que “Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda” (párrafo 16).

En idéntico sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha dispuesto la utilización del *principio de confianza legítima*, de acuerdo al cual cuando una persona se encuentre habitando o desarrollando determinada actividad en un espacio público o quizás prohibido, pero lo hizo bajo la anuencia de las autoridades competentes, si bien no gana un derecho a una permanencia inamovible, es deber del Estado favorecer y lograr su reubicación, para que no se vean afectadas en su derecho a la vivienda, o eventualmente al trabajo. La Corte Constitucional ha definido pues este principio de la siguiente manera:

“[el principio de confianza legítima] pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política⁴.

SS.
ETO CRUZ

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR

⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-034/04.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. Nº 00011-2010-PI/TC
32 CONGRESISTAS DE LA REPUBLICA

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 Nº 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 Nº 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, ZTE2 y ZTE 3) tengan como uno 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 articulados 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 Nº 893-MML no estableció que el ámbito comprendido entre la Av. Morales Duarez, 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 (Nº 216-2006-CG/MAC), expedido por la Contraloría General de la Republica, documento en el que se recomendaba a la Municipalidad que se adopten las medidas necesarias en un plazo perentorio para que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 está 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 articulados 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 Ejercito, Rio Rimac y el limite 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 Ejercito y la Calle Chepen”

“Artículo 6°.: El área comprendida entre la Av. Morales Duarez, el Rio Rimac, la Av. Alfonso Ugarte y el limite 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”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno.

Dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando éstos habilitados para usar y disponer autodeterminativamente 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 si 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 permisión 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 Rímac, 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Mayo” “Primero 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 1º, inciso 11 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 6º 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 6º 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 2º 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 Moiwana; 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].”*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 2º, inciso 16) y artículo 70º 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 pondría 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 949º 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 927º del Código Civil). Todas estas precisiones nos dicen que la única forma de admitir el desalojo que ha dispuesto por el Concejo 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 6º de la Ordenanza Municipal N° 1020-MML, por contravenir los artículos 2º, inciso 16) y 70º de la Carta Constitucional del Estado; e **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en lo demás que contiene.

SR.
VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR