



ANIVERSARIO

ISSN 0798-1171

Depósito legal pp. 197402ZU34

Esta publicación científica en formato digital
es continuación de la revista impresa



REVISTA DE FILOSOFÍA

I. 50° Aniversario de Revista de Filosofía

II. Ontognoseología, Lenguaje y Realidad

III. Eticidad: Conflictos, Diversidades y Derechos

IV. Pensamiento Educativo: Aplicaciones y Contextos

V. Ensayos

Centro de Estudios Filosóficos
"Adolfo García Díaz"
Facultad de Humanidades y Educación
Universidad del Zulia
Maracaibo - Venezuela

**N°Especial
2022**

Revista de Filosofía

Vol. 39, N° Especial, 2022, pp. 472 - 489
Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela
ISSN: 0798-1171 / e-ISSN: 2477-9598

Fundamentos teóricos respecto a la naturaleza del derecho a la vivienda en el Tribunal Constitucional Peruano

Theoretical Foundations Regarding the Nature of the Right to Housing in the Peruvian Constitutional Court

Olga Fiorella Julia Vásquez Rebaza

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4953-0251>
Pontificia Universidad Católica del Perú – Lima - Perú

Tula Luz Benites Vásquez

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8666-9236>
Universidad Privada Antenor Orrego – Trujillo - Perú

Este trabajo está depositado en Zenodo:

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.6459481>

Resumen

El propósito de esta investigación es analizar ontológicamente la postura adoptada por el Tribunal Constitucional de Perú respecto a la naturaleza jurídica y filosófica del derecho a la vivienda. Para tal efecto, utilizaremos el método exegético, en tanto nos permitirá interpretar los dispositivos vigentes sobre el derecho a la vivienda en el sistema jurídico peruano e internacional y examinar la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional; el método dogmático, en tanto se contrapondrá diferentes teorías jurídicas y filosóficas. Este análisis se centrará en abordar la teoría de estructuración de los derechos fundamentales seguida por el filósofo no positivista Robert Alexy que define la acepción de la doble dimensión del derecho fundamental: real e ideal, y su división en derechos de protección, de organización y procedimiento de prestación. Dicha postura se contrastará con la teoría del derecho subjetivo ofrecida por Ganozzi y Zatti, para concluir si la emisión de una ley de desarrollo es un requisito necesario para garantizar la vinculatoriedad del derecho a la vivienda. En razón de esto, el aporte que presentamos consiste en el análisis crítico de la postura filosófica y jurídica del derecho fundamental a la vivienda que asume el Tribunal Constitucional peruano, contextualizada en la situación de vulnerabilidad de los sectores desprotegidos en cuanto al goce del citado derecho y, algunas reflexiones conducentes a establecer un punto de partida en el mejoramiento de la vida de los ciudadanos latinoamericanos.

Palabras clave: Derecho a la vivienda; Derechos fundamentales; Tribunal Constitucional; La Teoría filosófica de los derechos fundamentales.

Recibido 24-11-2021 – Aceptado 26-02-2022

Abstract

The purpose of this research is to analyze ontologically the position adopted by the Constitutional Court of Peru with respect to the legal and philosophical nature of the right to housing. For this purpose, we will use the exegetical method, as it will allow us to interpret the current provisions on the right to housing in the Peruvian and international legal system and to examine the jurisprudence issued by the Constitutional Court; the dogmatic method, as it will contrast different legal and philosophical theories. This analysis will focus on approaching the theory of structuring fundamental rights followed by the non-positivist philosopher Robert Alexy, who defines the meaning of the double dimension of the fundamental right: real and ideal, and its division into rights of protection, of organization and procedure of provision. This position will be contrasted with the theory of the subjective right offered by Ganozzi and Zatti, in order to conclude whether the issuance of a development law is a necessary requirement to guarantee the binding nature of the right to housing. Therefore, the contribution we present here consists of a critical analysis of the philosophical and legal position of the fundamental right to housing assumed by the Peruvian Constitutional Court, contextualized in the situation of vulnerability of the unprotected sectors in terms of the enjoyment of this right, and some reflections leading to establish a starting point in the improvement of the life of Latin American citizens.

Keywords: Right to housing; Fundamental rights; Peruvian Constitutional Court; The philosophical theory of fundamental rights.

1. Introducción

Desde épocas remotas hasta la actualidad, la vivienda constituye un albergue temporal o permanente del ser humano que permite asegurar su supervivencia, dado a que lo protege contra los desastres naturales, los riesgos generados por la delincuencia o los animales salvajes, entre otros.

Si bien en la antigüedad, la vivienda no constituía un problema humano, pues la lógica económica permitía a todos acceder sin distinción a una morada, hoy en día no podemos afirmar ello, en especial, en el Perú, pues el mercado es el que define quienes podrán tener o no acceso a la misma y bajo qué condiciones.

En efecto, el acceso está limitado a personas que ostentan poder económico, pues la oferta está destinada a quienes tienen capacidad de adquirirla.

Sin embargo, existen ciudadanos que si bien no tienen capacidad económica, requieren de una vivienda o refugio para sobrevivir; para disfrutar de otros derechos humanos, como el trabajo, la salud, la seguridad social, el voto, la privacidad y la educación. De ahí que, la vivienda constituye un problema humano.

El caso particular del Perú, el problema de vivienda se acentúa dado a su creciente déficit. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística del Perú, en el año

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-SA 4.0)

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

2019, el 1,9% de los hogares a nivel nacional presentaron déficit cuantitativo de vivienda, frente al 8,3% de hogares a nivel nacional con déficit habitacional cualitativo.

Esto quiere decir que existe un gran número de personas que no cuentan con vivienda o que constituyen espacios inhabitables, ya sea por la precariedad de su estructura o la carencia de servicios básicos.

En consecuencia, el nivel de vulnerabilidad de las personas que carecen de dicho bien es alto, en tanto son propensos a ser sujetos de la delincuencia, a las secuelas del clima y desastres naturales; situación que incide negativamente en el desarrollo de las condiciones sociales en Perú.

Sin perjuicio de lo mencionado, el derecho a la vivienda es uno de los pocos derechos el momento no pragmatizado en nuestro ordenamiento jurídico pese a constituir un derecho humano, constitucional y público.

Esta situación llama la atención dado al déficit cualitativo y cuantitativo de la vivienda y a la política de Gobierno poco eficiente en el acceso a la vivienda a las personas en condición de vulnerabilidad.

En ese sentido, creemos necesario, realizar un análisis preliminar de la postura que sigue el Tribunal Constitucional Peruano respecto a la naturaleza de este derecho, desde la mirada filosófica de la teoría de los derechos fundamentales sociales.

Dicho examen servirá para determinar si la postura que asume el Tribunal Constitucional respecto a la vinculatoriedad del derecho a la vivienda es ontológicamente coherente con la naturaleza del derecho.

2. La vivienda como problema humano en el Derecho Internacional

La situación de vulnerabilidad de las personas que no ostentan capacidad para acceder a una vivienda, impacta negativamente en las condiciones de la sobrevivencia humana y en el disfrute de los derechos de trabajo, la salud, la seguridad social, el voto, la privacidad y la educación como se hemos establecido.

En razón de esto, el derecho internacional no ha sido ajeno a esta problemática y en diversas normas así lo ha reconocido.

En efecto, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala en su artículo 11 que los Estados Partes 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, exhortando a los estados Partes a tomar medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. Por su parte, dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas se

enfoca el acceso de todas las personas a viviendas y servicios básicos adecuados, seguros y asequibles y mejorar los barrios marginales.

Los principales problemas urbanos en el Perú se sintetizan de la forma siguiente:

- Falta de implementación y cumplimiento de planes urbanos y políticas de generación de ciudad y vivienda
- Crecimiento desordenado de la ciudad: altos costos de su extensión
- Especulación en el incremento del valor del suelo
- Costos no son asumidos por los beneficiarios de la utilidad
- Baja recaudación tributaria
- Percepción de la propiedad sin finalidad social
- Ausencia de transparencia y participación ciudadana
- Protección de espacios públicos
- Bienes en estado ruinoso, subutilizados y/o abandonados
- Contaminación, asociados al transporte
- Ausencia de cultura de reciclaje

Con el fin de definir un rumbo para el desarrollo sostenible del país, el Acuerdo Nacional estableció un conjunto de políticas de Estado sostenidas sobre el diálogo y consenso de actores sociales plenamente dispuestos a trazar un rumbo claro para el desarrollo sostenible del país. Se aprobó abordar el problema de la infraestructura y vivienda con el compromiso de eliminar el déficit de la vivienda, la elaboración de un plan nacional, el desarrollo de la normatividad necesaria para simplificar la construcción y el registro de viviendas en tiempo y costo. La atención se ha centrado en permitir su densificación, abaratamiento y seguridad, contribuyendo a consolidar un sistema habitacional integrado al sistema económico privado con el Estado en un rol subsidiario, facilitador y regulador, apoyo a las familias para facilitar el acceso a una vivienda digna, fomentar la implantación de técnicas de construcción masiva e industrializada de viviendas, conjuntamente con la utilización de sistemas de gestión de calidad, fomento del saneamiento físico legal, así como, la titulación de las viviendas para incorporar a los sectores de bajos recursos al sistema formal y mejorar la calidad de viviendas autoconstruidas.

El problema de la vivienda como aspecto humano, ha sido desarrollada ampliamente y acertadamente, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Vivienda y Desarrollo Urbano Sostenible, realizado en Quito, Ecuador el 20 de octubre de 2016.

En el marco de la citada conferencia, se precisó que a nivel mundial persisten múltiples formas de pobreza, desigualdades crecientes y la degradación ambiental. Situación que constituye uno de los principales obstáculos para el desarrollo sostenible. En ese contexto, la exclusión social y económica y la segregación espacial una realidad irrefutable en las ciudades y los asentamientos humanos.

De ahí que se sugiere potenciar las oportunidades que presenta la urbanización como motor impulsor de un crecimiento económico sostenido e inclusivo, el desarrollo social y cultural y la protección del medio ambiente, así como de sus posibles contribuciones al logro de un desarrollo transformador y sostenible.

Uno de los compromisos asumidos por los Estados y que se relaciona con la vivienda es facilitar el acceso equitativo para todos a la infraestructura física y social y los servicios básicos, así como, a una vivienda adecuada y asequible.

Asimismo, se busca promover las políticas en vivienda a nivel nacional, subnacional y local que respalden la realización progresiva del derecho a una vivienda adecuada para todos como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, que luchen contra todas las formas de discriminación y violencia e impidan los desalojos forzosos arbitrarios, y que se centren en las necesidades de las personas sin hogar, las personas en situaciones vulnerables, los grupos de bajos ingresos y las personas con discapacidad, y propicien al mismo tiempo la participación y colaboración de las comunidades y los interesados pertinentes en la planificación y aplicación de esas políticas, entre otras cosas, apoyando la producción social del hábitat, de conformidad con la legislación y las normas nacionales.

Se menciona la incorporación de enfoques que incorporen la asignación de viviendas adecuadas, asequibles, accesibles, eficientes, seguras, resilientes, bien conectadas y bien ubicadas, prestando especial atención al factor de proximidad y al fortalecimiento de la relación espacial con el resto del entramado urbano y las esferas funcionales cercana.

El derecho a una vivienda adecuada no significa solamente que una persona acceda a una infraestructura, sino que debe adecuarse al desarrollo sostenible de las ciudades. Esto quiere decir que los servicios de agua, luz, alcantarillado, sistema de desechos y gas deben procurar el menor impacto negativo al medio ambiente a partir de una lógica integradora con los demás barrios de la ciudad.

3. ¿Cuál es la teoría del derecho que adopta el Tribunal Constitucional Peruano?

En el año 1961, el filósofo positivista Herbert Hart expresaba que a través de la historia se ha intentado brindar un concepto inequívoco de derecho; sin embargo, la respuesta ha sido poco satisfactoria¹. Proporcionó ciertos elementos para diferenciarlo de la moral y de la coerción, como parte de un fenómeno social.

¹ En efecto, podemos encontrar diferentes definiciones de derecho a partir del punto de vista filosófico desde el pensamiento de Edmond Picard, Jezce, Proudhon, Doguit, Scheler, ihering, Leclercq, Dabin, Le Fur, Kant, Kelsen, Coviello, Cossio, Marz, Del Vechhio, entre otros grandes filósofos que intentan dotar de un concepto al derecho.

El caso es que hasta la actualidad el término derecho sigue siendo ligado estrechamente a la metafísica (parte pragmática de la filosofía). Así pues, el profesor iusmoralista Manuel Atienza (2003) sostiene que definir el derecho es una cuestión difícil en tanto es un fenómeno histórico, relativo a sociedades concretas, que difícilmente pueden ser objeto de abstracción que prescindan de espacio y de tiempo. Agrega, que es factible aclarar dicho concepto a partir de su correlación con la norma y la moral. (p. 16).

Sin perjuicio de las diferentes acepciones que podamos encontrar del derecho, es importante describir la postura que sigue el Tribunal, a efectos de examinar su coherencia ontológica a partir de la teoría adoptada del derecho a la vivienda.

Sobre este punto, existe una investigación realizada por el profesor Félix Morales Luna (2005) en virtud de la cual concluye que no existe claridad respecto a la teoría que acoge el Supremo Intérprete de la Constitución peruana. No obstante, a partir de su investigación, podemos afirmar que el Tribunal Constitucional tiene afinidad conceptual por el modelo del Estado Constitucional del Derecho.

“lo cierto es que la lectura de la sentencia que hemos comentado nos hace advertir en el Tribunal Constitucional peruano una suerte de “equizofrenia” entre lo que dice y lo que hace. En efecto, la sentencia materia de análisis contiene argumentos que podría suscribir el positivista más tradicional, pero en el contenido de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional corresponde al paradigma del constitucionalismo.” (p. 197)

Así también, Juan Carlos Días (2019) realizó un aporte más reciente y señala que la postura sobre el concepto de derecho lo adopta del filósofo Robert Alexy lo siguiente;

“En dicho sentido, el tratamiento doctrinal de los derechos fundamentales en el Perú ha transitado por la influencia de ciertos autores españoles, como Ignacio Otto (1988, pp. 95-171), en cuanto a la determinación de lo que se entiende por contenido esencial de un derecho fundamental, y Gregorio Peces Barba (2004), en lo que respecta al concepto del derecho fundamental; y también de algunos autores alemanes, en un primer momento Peter Haberle (1997), en lo referente a la tesis de la doble dimensión subjetiva y objetiva o institucional de los derechos, y luego Roberto Alexy (2008), por la postulación del principio de proporcionalidad, y, en particular, el test de ponderación que forma parte del mismo, para resolver conflictos entre derechos.”

Luego de estudiar las sentencias más recientes emitidas por Tribunal Constitucional² podemos observar que cita reiteradamente párrafos del libro “*la Teoría de los derechos fundamentales*” escrita por el filósofo Robert Alexy para fundamentar conceptos como provenientes del test de proporcionalidad, el derecho de protección, la diferencia entre regla y principio, la validez de la norma y los efectos constitutivos de los derechos fundamentales;

² Expedientes N° 02481-HD/TC, Tacna N° 00009-2019-PI/TC Lima, N° 01470-2016-HC/TC Arequipa, N° 04530-2016-HC/TC La Libertad, N° 03033-2015-HC/TC Lima, N° 00007-20123-AI/TC Lima, N° 03610-2008-AA/TC Ica, entre otras.

razón por la cual, consideremos que la teoría acogida –al menos hasta el momento- es la que sigue el profesor Robert Alexy.

Para este autor (2011), no positivista, el derecho tiene una doble dimensión: real o fáctica, así como una dimensión ideal o crítica. Sobre la primera dimensión expresa que está representada por los elementos de la expedición autoritativa y la eficacia social, mientras que, en la segunda, encuentra su expresión en el elemento de la corrección moral. (p.29)

El destacado jurista alemán afirma que existe un punto de reconciliación entre ambas dimensiones en tanto deben estar conectadas en un sistema jurídico expresado en el constitucionalismo democrático, siendo los derechos fundamentales parte de este orden.

En esta medida, los derechos fundamentales son definidos de la siguiente manera:

“Los derechos fundamentales son derechos que han sido establecidos en una Constitución con la intención de transformar a los derechos humanos en derecho positivo (...) Los derechos humanos son derechos morales, universales, fundamentales, abstractos y que tienen prioridad sobre las demás normas (...) El único punto que interesa en este contexto es dejar en claro que los derechos humanos, en tanto derechos morales, pertenecen exclusivamente a la dimensión ideal del derecho. Su transformación en derechos fundamentales, o sea, en derecho positivo, representa el esfuerzo por unir a la dimensión ideal con la dimensión real (...)”

Así pues, partiendo de este estudio, consideramos que la teoría que sigue el Tribunal para definir el derecho es la que describe el filósofo Robert Alexy entendiéndolo como un fenómeno fáctico y abstracto.

Esta afirmación, también podemos corroborarla a partir de lo expuesto por el Tribunal Constitucional en el expediente N°1470-2016-HC/TC, pues refiere a la teoría de los derechos fundamentales a partir de la lectura de Robert Alexy, a través de la conceptualización de los derechos de protección.

El órgano de justicia también muestra predilección por la teoría argumentativa del derecho acuñada por Manuel Atienza.

Sobre el particular, el profesor Tuesta (2016) enfatiza que en dicha vertiente el desarrollo de la argumentación trasciende a la de realizar un silogismo jurídico, pues busca una labor argumentativa. (p. 21) Dicha labor parece seguir el modelo del profesor Manuel Atienza, quien ha sido citado por el Tribunal Constitucional Peruano en sus Sentencias³.

³ En el expediente N° N. 0 1744-2005-PA/TC. Asimismo, cabe señalar que de hecho Manuel Atienza vino al Perú para, entre muchas otras actividades, capacitar al personal de este Tribunal Constitucional en el Seminario Taller "Argumentación, Razonamiento e Interpretación Constitucional", actividad en la que incluso participaron algunos magistrados, y señaló con mucha energía que no es propio de un Tribunal Constitucional emitir sentencias "largas y tediosas cuya lectura no se entendía" como que tampoco es correcto copiar

Hay que mencionar, además, que el ex Consejo Nacional de la Magistratura mediante Resolución N° 120-2014-PCNM estableció estándares para la evaluación de la calidad de decisiones judiciales, en la cual se señala que uno de los criterios que se tendrá en cuenta para la evaluación del magistrado es la coherencia lógica y solidez de la argumentación teniendo en cuenta los aportes del profesor Atienza⁴.

4. ¿Cuál es la teoría filosófica del derecho constitucional a la vivienda que asume el Tribunal Constitucional Peruano?

Para realizar este examen, es necesario revisar las principales sentencias sobre la materia en estudio emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano que, a nuestro juicio, se encuentran contenidas en los expedientes: i) 1417-2005-AA/TC, ii) 2016-2004/TC, iii) 03228-2012-PA/TC y iv) 1470-2016-HC/TC.

En el expediente N° 1417-2005-AA/TC, el Tribunal Constitucional define los derechos fundamentales citando a Peces-Barba⁵, quien señala que estos expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica; por consiguiente, no sólo el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales será presupuesto para que estos sean exigidos, sino también, *su connotación ética y axiológica en tanto sean concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana*.

A este respecto vale la pena llamar la atención que en la Constitución peruana, se encuentran enumerados los derechos fundamentales; así como, que se incluye el artículo 3 el cual establece que la enumeración no excluye los demás derechos fundamentales que puedan existir, siendo éste una cláusula abierta a que se puedan reconocer otros derechos.

En este punto, cabe realizar una pausa para exponer la particularidad del caso peruano en el reconocimiento del derecho a la vivienda y su repercusión en el escenario latinoamericano.

En la Constitución Política de 1979, el derecho a la vivienda tuvo una regulación expresa siendo su principal enunciado el siguiente: *que el Estado atiende preferentemente*

textualmente, con citas y pié de página, lo resuelto por Tribunales foráneos, por ejemplo el Tribunal Alemán, o introducir.

⁴ En cuanto a la coherencia lógica refiere que es la corrección del procedimiento deductivo (justificación interna), ya sea de premisas fácticas normativas).

⁵Cabe acotar que hasta el año 2007 el Tribunal Constitucional refirió al citado autor para sustentar la teoría de los derechos fundamentales. Sin embargo, luego fundamentó sus Sentencias en función a la teoría del profesor Robert Alexy. Es importante realizar esta aclaración pues Peces Barba es ius naturalista y Robert Alexy ius moralista. No obstante, la concepción axiológica del derecho es un punto en común en ambas nociones.

Artículo 43°. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación. (Artículo 18, Constitución del Perú de 1979)

Teniendo en cuenta el régimen económico previsto en la referida Carta, el derecho a la vivienda estaba reconocido expresamente y esto se encontraba en sintonía con el régimen del pluralismo económico y con el régimen de Estado Social y Democrático de Derecho⁶, en el cual Estado podía intervenir en la economía a través de sus empresas estatales, para lo cual gestó, en dicho entonces, cooperativas de vivienda, programas habitacionales, Banco de Vivienda, entre otros.

En contraste, con la dación de la Constitución Política de 1993 y con el giro al régimen económico de subsidiariedad, se desreguló este reconocimiento expreso al derecho a la vivienda. Sin embargo, a través del Pleno Jurisdiccional - expediente N° 0018- nuestro Tribunal Constitucional reconoció de manera implícita este derecho a través de la interpretación sistemática del artículo 3 y 55 de la Constitución de nuestro país:

“Este Tribunal considera que el derecho a la vivienda adecuada es un derecho fundamental de toda persona que se encuentra íntimamente ligado al principio derecho de dignidad humana, a la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), al principio de igualdad material y al derecho al libre desarrollo y bienestar (inciso 1 del artículo 2 de la Constitución) (...) En base a lo anterior, este Tribunal identifica, cuando menos, los siguientes aspectos básicos que integran el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la vivienda adecuada: i. El derecho de acceder sin discriminación y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada; ii. El derecho a no ser privado arbitraria e ilegalmente de la vivienda.” (Expediente N.º 0018-2015-PI/TC, 2015)

Consideramos que no podría ser de otra manera este reconocimiento implícito del derecho constitucional a la vivienda pues de acuerdo con la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución Peruana⁷ concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸, precisa que los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se dispongan para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto.

⁶ En la Constitución de 1979 se instauró el régimen del Estado Social y Democrático de Derecho. Sin embargo, la Constitución de 1993 fue cautelosa y solo se refirió al Estado Democrático de Derecho, eliminando así el término Social⁶. No obstante, dicho régimen se puede deducir también de la lectura del artículo 43 de la Constitución de 1993⁶, base por la cual el Tribunal Constitucional Peruano afirma que en nuestro sistema se encuentra vigente el régimen del Estado Social y Democrático de Derecho.

⁷ Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente.

⁸ Este pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. El artículo 2.1 señala: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

Bajo esta mirada, el Tribunal Constitucional sigue la teoría que el derecho social a la vivienda, entendiendo que es un derecho constitucional de preceptividad diferida, progresiva o programática. En efecto, en la sentencia contenida en el EXP. N.º 1417-2005-AA/TC señala:

“A esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC) que, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena. Tal es el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria (UDFT) de la Constitución, al establecer que “[l]as disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”. Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un **derecho público subjetivo**, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean “creación” del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por éste. **Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles.** Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social. Lo expuesto significa que en determinadas circunstancias los DESC no pueden ser objeto de una pretensión susceptible de estimación al interior del proceso de **amparo (vg. la exigencia judicial al Estado de un puesto de trabajo o una prestación de vivienda)**. En efecto, tal como se ha precisado en otro momento, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la UDFT de la Constitución, “no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”. (El énfasis es nuestro)

Resulta interesante reflexionar respecto a la afirmación que realiza el Tribunal peruano en cuanto a la naturaleza de los derechos económicos indicando que los define como derechos públicos subjetivos; sin embargo, indica que su vinculación jurídica solo queda configurada a partir de su regulación legal. Ejemplifica al derecho a la vivienda como un supuesto en el cual no es posible exigir judicialmente al Estado.

Sobre este punto, nos cuestionamos si esta afirmación es coherente con la teoría adoptada por el mismo Tribunal Constitucional sobre la naturaleza del derecho a la vivienda.

5. Examen de la teoría adoptada sobre la naturaleza del derecho a la vivienda por el Tribunal Constitucional peruano

Como hemos indicado previamente, el Tribunal Constitucional Peruano define los derechos fundamentales a partir de la teorema intérprete de la Constitución ría de Robert Alexy, pues señala que los derechos económicos sociales y culturales son derechos prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos.

Para Robert Alexy (1997) los derechos económico-sociales se sitúan como derechos a acciones positivas del Estado o prestaciones en sentido amplio. Desde su punto de vista, esos derechos se subdividen en tres: 1) los derechos a protección, 2) los derechos a organización y procedimiento, 3) los derechos a prestaciones en sentido estricto. (p.395)

Los primeros, refieren a los derechos que alguien tiene frente al Estado “*para que éste le proteja de las intervenciones de terceros*”.

Los segundos, implican un derecho subjetivo a la vigencia de normas de derecho público y/o de derecho privado que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental.

Por último, los derechos a prestaciones en sentido estricto, son derechos del individuo frente al estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares.

En este último subgrupo, el profesor Alexy localiza al derecho a la vivienda, indicando que constituye un derecho social mínimo, es un mínimo vital que toda persona debe tener, así como al de educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica.

De acuerdo con sus postulados, los derechos sociales fundamentales pueden dividirse en tres criterios desde el punto de vista teórico-estructural: a) derechos subjetivos o de normas que obligan al Estado solo objetivamente, b) vinculantes o no vinculantes, y, en ese sentido ser enunciados programáticos y c) derechos y deberes definitivos o prima facie, es decir, pueden ser reglas o principios (p. 444)

En esta línea, el Tribunal ha afirmado que el derecho constitucional a la vivienda es un derecho subjetivo⁹ y un derecho público subjetivo como hemos advertido en la Sentencia contenida en el EXP. N.º 1417-2005-AA/TC.

⁹ En efecto, en el expediente Nro. 3330-2004-AA/TC Lima tramitado en el caso Ludesminio Loja Mori señaló lo siguiente: “La realización del Estado constitucional y democrático de derecho solo es posible a partir del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas. **Es que estos derechos poseen un doble carácter: son, por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual, merece toda la salvaguarda posible.** En su dimensión subjetiva, **los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales.** El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional. Sobre esta base, es interesante partir asumiendo que el Estado en cuanto totalidad no es una suma de elementos disgregados, sino una unidad individual, una totalidad que se halla determinada por la concreción de valores sustantivos en situaciones históricas determinadas” (El énfasis es nuestro)

En cuanto a la naturaleza de derecho subjetivo, cabe señalar que su definición no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual, es importante acudir a los aportes doctrinarios de profesores italianos¹⁰ y peruanos para poder justificar nuestra postura.

Respecto al citado concepto, Ganozzi (2003) señala que el derecho subjetivo constituye la forma más intensa de protección que una norma atribuye a un sujeto, con la finalidad de que satisfaga su propio interés. (p.56)

En esta medida, la expresada situación jurídica se manifiesta como una síntesis de posición de fuerza y libertad. En efecto, dependerá del sujeto, en su libertad, de decidir si se sirve del poder o no que el ordenamiento jurídico le otorga. Si bien constituye un derecho sí límites, sin embargo, no se permite el abuso del derecho.

Asimismo, existen otras limitaciones establecidas por la ley o por la voluntad propia. En efecto, el derecho subjetivo se ejercita de distinta manera dependiendo del interés protegido y en particular dependiendo si intenta a conservar o conseguir un bien en base a la alternativa ya establecida.

Para Zatti (2005) el término “derecho” es usada para señalar una posición del sujeto que viene a ser la situación jurídica de una persona, a la cual una norma busca asegurar la posibilidad de satisfacer un determinado interés económico o moral. (p. 359)

Esto es el derecho subjetivo, que implica y sintetiza conceptos como facultades, poderes, deberes, entre otros.

Se debe agregar que según el autor otra definición adecuada de derecho subjetivo es señalar que es cuando la ley atribuye a un sujeto un poder para la tutela primaria y directa del propio interés.

Para Rómulo Morales (2008), la situación jurídica subjetiva de ventaja es la posición de preeminencia del sujeto para satisfacer un interés propio, siendo el derecho subjetivo atribuye al sujeto la facultad de obrar para satisfacer su propio interés otorgando al sujeto la facultad de obrar. (p.332)

El citado profesor sintetiza que el derecho subjetivo tiene dos aspectos:

“a) La atribución de un poder – como poder de pretender un comportamiento de otro – o como poder de impedir interferencia de otros, o por lo menos como poder de dirigirse al juez para la tutela del propio interés; y b) La relación entre los poderes y las facultades que la ley atribuye a un sujeto, y el

¹⁰ Una de las fuentes de inspiración del Código Civil de 1984 es el *Codice Civile*.

interés de este último, que constituye el fin inmediato y directo por las cuales aquellas prerrogativas le son conferidas.”

Ahora bien, teniendo en cuenta el aporte doctrinario citado sostenemos que el derecho subjetivo es una situación de privilegio legitimada por el ordenamiento jurídico para tutelar el interés de la persona, de manera directa o utilizando a los mecanismos legítimos de coerción del sistema jurídico.

Por lo que se refiere al derecho público subjetivo, de acuerdo con Humberto Nogueira (2018) se entiende de la siguiente manera:

“La doctrina de los derechos subjetivos públicos tiene su origen en Europa, especialmente en Alemania, siendo uno de sus principales exponentes Jellinck, para quien el derecho subjetivo “es la potestad que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico en cuanto se dirige a un bien o a un interés”. De esta manera, al reconocer el Estado la voluntad individual como determine, la transforma en derecho público subjetivo. Así surge la capacidad de exigir el reconocimiento y la acción del Estado por parte de los individuos.” (p.55)

En este punto, y atendiendo los conceptos analizados sostenemos que el derecho a la vivienda no es un derecho público subjetivo *en su esencia*, en tanto, si bien existe un reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional, no otorga una situación de privilegio a su titular, pues carece de uno de sus elementos básicos es la facultad de actuar en la protección del interés del titular y su vez el poder de acudir a los tribunales para que sea tutelado como lo vamos a demostrar a continuación.¹¹

Con respecto al segundo elemento de la vinculatoriedad o no del derecho a la vivienda. A juicio de Robert Alexy, el derecho será vinculante si es posible que su vulneración sea declarada por el Tribunal Constitucional.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano es tajante en indicar que para la vinculación jurídica solo queda configurada a partir de la regulación legal, la que convierte a los derechos fundamentales en judicialmente exigibles y justamente brinda como ejemplo el caso del derecho a la vivienda, pues afirma que no puede ser objeto de una pretensión judicial un proceso de amparo en virtud del cual se le exija al Estado una prestación de vivienda.

Discrepamos respetuosamente de dicha postura, pues la exigencia de una ley para su protección implicaría ontológicamente adoptar la postura positivista del Derecho y justamente la teoría de la estructura de los derechos fundamentales de Robert Alexy es no positivista, al contrario, es *ius moralista*.

¹¹ Cabe hacer la advertencia de que el derecho subjetivo se diferencia del derecho objetivo en tanto ese último refiere al conjunto de normas que se identifican en un Ordenamiento Jurídico, mientras que el subjetivo es la situación del sujeto de cara este Orden Jurídico.

Este autor menciona en su obra “Teoría de los Derechos Fundamentales” el sentido opuesto a la afirmación efectuada por el Tribunal Constitucional:

“Por lo demás, es válido lo siguiente: la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de la exigibilidad judicial, cualquiera que sea la forma como esta sea descrita, lo que sucede, más bien, es que cuando existe un derecho éste es también exigible judicialmente. Ninguna objeción de peso fundamenta que los derechos sociales fundamentales necesiten un desarrollo jurídico en el derecho ordinario. Por ejemplo, la competencia y el procedimiento tienen que ser reglado. Esto es válido también para otros derechos fundamentales. **Tampoco razones procedimentales pueden apoyar la tesis de la no exigibilidad judicial. Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante.**” (El énfasis es nuestro)

Bajo esta mirada, somos de la idea que no es factible *prima facie* afirmar que no es posible exigir el cumplimiento del derecho a la vivienda, en tanto, no exista una Ley de desarrollo del mismo.

La naturaleza del derecho público subjetivo hace *per se* que sea exigible. Entonces, si el Tribunal Constitucional le ha dado la categoría de derecho público subjetivo, en consecuencia, es exigible y no puede depender de una norma de desarrollo para que sea vinculante, pues desnaturalizaría la esencia del derecho mismo.

Por último, en cuanto al tercer elemento con respecto a si constituyen derechos y deberes definitivos, si son reglas o principios.

Desde la lectura del profesor Ramón Ruiz Ruiz (2016) de acuerdo con Robert Alexy los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. A partir de cual se deduce que puede ser cumplido en diferentes grados. Mientras que, las normas constituyen mandatos definitivos, es decir, que pueden ser cumplidas o no, si una regla es válida. (p. 155)

En este punto el Tribunal Constitucional señala que la naturaleza del derecho a la vivienda es una norma principio. Así lo ha establecido en la Sentencia contenida en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC:

“La distinta eficacia de los derechos fundamentales conlleva a que estos se puedan dividir entre “normas regla” y “normas principio”. Por un lado, las normas regla se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables. **Por otro lado, las normas principio constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización.** Esta distinta eficacia de los derechos fundamentales acarrea significativas repercusiones prácticas. En tal sentido, cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, **de aquellos otros denominados prestacionales, de**

preceptividad diferida, progresivos o programáticos. Dentro de la última categoría mencionada se encuentran los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC). Para que los DESC puedan adquirir eficacia no solo basta con el reconocimiento constitucional sino deben de ser configurados a partir de la regulación legal convirtiéndose en judicialmente exigibles. La Constitución mantiene la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico probatorio de un derecho social.” (El énfasis es nuestro)

Desde nuestra óptica, la naturaleza de norma-principio, no se condice con vinculatoriedad o no de los derechos sociales económicos, pues tal como menciona Robert Alexy, son diferentes criterios desde el punto de vista teórico-estructural de los derechos sociales. Así como tampoco, su naturaleza vinculante está determinada necesariamente por la configuración de una ley de desarrollo como hemos afirmado.

En ese sentido, compartimos el criterio seguido con antelación a la emisión de la sentencia contenida en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, por el mismo órgano de justicia que menciona que el reconocimiento del derecho exige superar la concepción programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución aplicando su contenido mínimo (Sentencia contenida en el Expediente N° 2016-2004/TC):

“Los derechos sociales y económicos (como el de la seguridad social, la salud pública, la vivienda, la educación y demás servicios públicos) son exigibles, en el sentido en que se requiere que el Estado adopte medidas adecuadas para el logro de fines sociales ya que los derechos sociales no siempre son jurídicamente sancionables por ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución, es decir, para que estos consigan sus fines, es necesario que se implanten medidas adecuadas y el Estado las adopte. Por tanto, el reconocimiento de estos derechos exige, entonces, superar su concepción programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución. Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social de derecho.”

Además, no olvidemos que el mismo Tribunal Constitucional peruano ha dotado de un contenido mínimo al derecho a la vivienda a través del Pleno Jurisdiccional del expediente N° 0018-2015-PI/TC estableció lo siguiente:

“Este Tribunal considera que el derecho a la vivienda **adecuada es un derecho fundamental de toda persona que se encuentra íntimamente ligado al principio derecho de dignidad humana, a la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho** (artículos 3 y 43 de la Constitución), al principio de igualdad material y al derecho al libre desarrollo y bienestar (inciso 1 del artículo 2 de la Constitución) (...) En base a lo anterior, este Tribunal identifica, cuando menos, los siguientes **aspectos básicos que integran el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la vivienda adecuada: i. El derecho de acceder sin discriminación y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada; ii. El derecho a no ser privado arbitraria e ilegalmente de la vivienda.**” (El énfasis es nuestro)

Bajo un razonamiento lógico es posible afirmar que el Tribunal ha establecido un contenido mínimo del derecho a la vivienda adecuada, con mayor razón es factible que ante su misma Judicatura pueda exigirse el cumplimiento del contenido mínimo, de lo contrario estaríamos desconociendo su naturaleza ontológica de derecho público subjetivo.

6. Conclusiones

6.1. La vivienda constituye un derecho humano cuyo ejercicio permite la sobrevivencia de la persona en condiciones dignas y el goce de otros derechos como al trabajo, a la salud, la seguridad social, el voto, la privacidad y la educación.

6.2. En el Perú y en la Región Latinoamericana el problema de vivienda es común y se acentúa dado su déficit cuantitativo y cualitativo. En efecto, la actual crisis devela el alto nivel de vulnerabilidad de las personas que carecen de dicho bien, propensos a ser violentados, a sufrir las secuelas del clima, los desastres naturales, entre otras contingencias.

6.3. El derecho humano a una vivienda adecuada no significa solamente que una persona acceda a una infraestructura, sino que debe adecuarse al desarrollo sostenible de las ciudades. Esto quiere decir que los servicios de agua, luz, alcantarillado, sistema de desechos y gas deben procurar el menor impacto negativo al medio ambiente. Asimismo, su implementación debe obedecer a una lógica integradora con los demás barrios de la ciudad.

6.4. El tema del derecho a la vivienda tiene una íntima relación con otros derechos humanos, constituyendo una suerte de paradigma del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos. En ese sentido, el derecho fundamental a una vivienda adecuada es la condición previa para el disfrute de varios derechos humanos, en particular en la esfera del trabajo, la salud, la seguridad social, el voto, la privacidad y la educación.

6.5. Respecto a la sostenibilidad contenido dentro del derecho a una vivienda adecuada, las Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU en su Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat) señala e promover ciudades y asentamientos urbanos social y ambientalmente sostenibles, con el fin de proporcionar vivienda adecuada a todas las personas a partir de criterios adecuados que permitan el suministro de viviendas y tierras en favor de los pobres así como un acceso equitativo a la infraestructura y los servicios.

6.6. La teoría que sigue el Tribunal Constitucional peruano respecto a la estructura de los derechos fundamentales es la del profesor Robert Alexy.

6.7. De acuerdo con el Tribunal Constitucional de Perú, el derecho a la vivienda es un derecho constitucional implícito, un derecho público subjetivo, programático y, a su vez, una norma principio.

6.8. Conforme al Tribunal Constitucional peruano el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la vivienda es: i) el derecho de acceder sin discriminación y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada y ii) el derecho a no ser privado arbitrariamente e ilegalmente de la vivienda.

6.9. Discrepamos con la postura del Tribunal Constitucional respecto a que se requiere de una norma legal de desarrollo del derecho a la vivienda para que sea vinculante, pues esto, contradice la naturaleza ontológica de constituir un derecho subjetivo público y la postura no positivista adoptada para definir a los derechos fundamentales. Además, su no exigibilidad, no es coherente con la dotación de un contenido constitucionalmente protegido brindado por el mismo Tribunal Constitucional.

Bibliografía

Alexy, R. (1997) *Teoría de los derechos fundamentales*. 6ta. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, M. (2003). *El sentido del derecho*. 3ra. Ed. Barcelona: Ariel.

Díaz, J. Jornada de Derechos Fundamentales, & León, V. J. (2010). *VI Jornada de derechos fundamentales: Ponencias de la delegación peruana*. Fortaleza: RED-IDD Red Interamerica de Derechos Fundamentales y Democracia.

Gazzoni, F. *Manuale di diritto privato*, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2003, p. 56.

Hart, H. L. A. (1980). *El concepto de derecho*. México, D.F: Editora Nacional.

Lima. Tribunal Constitucional Peruano. [Internet] Sentencia núm. 1470/2016 de 12 de febrero <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01470-2016-HC.pdf>

Lima. Tribunal Constitucional Peruano. [Internet] Sentencia núm. 1417/2005 de 8 de julio <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>

Lima. Tribunal Constitucional Peruano. [Internet] Sentencia núm. 2016/2004 de 5 de octubre <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf>

Lima. Tribunal Constitucional Peruano. [Internet] Sentencia núm. 03228/2012 de 10 de mayo <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03228-2012-AA.pdf>

Lima. Tribunal Constitucional Peruano (Pleno). [Internet] Sentencia núm 018/2003 de 26 de abril <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-SA 4.0)

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

Lima. Tribunal Constitucional Peruano. [Internet] Sentencia núm. 3330/2004 de 11 de julio
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf>

Lima. Tribunal Constitucional Peruano. [Internet] Sentencia núm. 1744/2005 de 13 de octubre
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>

Morales, F., *¿Qué teoría del derecho asume el Tribunal Constitucional Peruano?* Foro Jurídico, N° 4, 2005, págs. 189-197.

Morales, R., *Situaciones jurídicas subjetivas*. Advocatus, ISSN 1996-4773, N°. 19, 2008, págs. 323-362

Nogueira, H. (2018) *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Ruiz Ruiz, R. (2016). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y Realidad*, 10(20). <https://doi.org/10.19053/16923936.v1.n20.2012.4860>

Tuesta, W. (2016) Material Auto Instructivo. Curso Argumentación Jurídica. Lima: Programa de Formación de Aspirantes.

Zatti, P., *las situaciones jurídicas*. En *Revista Jurídica del Perú*. Traducción de CONTRERAS GRANDA, Vladimir y MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. Revisión y notas de MORALES HERVIAS, Rómulo, Año LV, No. 64, Setiembre - octubre, Editora Normas Legales, Trujillo, 2005, p. 359.



REVISTA DE FILOSOFÍA

Nº ESPECIAL – 2022 - ABRIL

Esta revista fue editada en formato digital y publicada en abril de 2022, por el Fondo Editorial Serbiluz, Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela

www.luz.edu.ve www.serbi.luz.edu.ve
www.produccioncientificaluz.org