

---

# ¿Es la propiedad una ilusión?

De cómo las leyes han sido incapaces de crear un sistema de derechos de propiedad

**Edgardo Mosqueira Medina**  
Abogado. Coordinador Nacional de la  
Formalización de COFOPRI.

## 1 Introducción.

Juan Pérez vive en el asentamiento humano “Cruz de Motupe” en San Juan de Lurigancho. Hace más de 15 años formó parte de las más de 500 familias que ocuparon los terrenos donde construyeron sus viviendas, que ya cuentan con agua, luz, pistas y teléfonos. Juan ha recibido algunas ofertas para comprarle su casa. Ellas llegan hasta \$15,000, pero él quiere \$20,000. Sin embargo, no podrá conseguir ese precio porque sus compradores le señalan que al no tener título de propiedad corren un riesgo. María Salas, vecina de Juan y dueña de un taller de confecciones, tiene ya su título de propiedad. Sin embargo, no puede obtener un préstamo del banco porque no puede otorgar la garantía hipotecaria necesaria. Según los registros públicos, su título no puede ser inscrito pues el terreno que ocupa no se encuentra inscrito a nombre de la municipalidad que se lo otorgó.

Hoy en día es un lugar común sostener que para el desarrollo de las economías de mercado es imprescindible la definición, el reconocimiento y la estabilidad de los derechos de propiedad, que

permitan a sus titulares asignarles el uso más eficiente a través de los mecanismos del mercado<sup>(1)</sup>. Juan y María han comprobado dicha afirmación. Sus predios no se pueden vender a un precio adecuado ni hipotecar (asignándoles así el uso más eficiente), porque sus derechos de propiedad no se encuentran correctamente definidos ni reconocidos.

Anderson y Hill<sup>(2)</sup> explican dicha afirmación cuando sostienen que para que las leyes regulen adecuadamente el acceso a los recursos y su uso, los derechos de propiedad deben ser definibles, defendibles y enajenables. El que sean “definibles” supone que las leyes tengan mecanismos para reconocerlos como derechos exclusivos, oponibles y legítimos; que sean “defendibles” implica la posibilidad de que sus titulares empleen la coercitividad estatal para defenderlos; y, que sean “enajenables” significa que sus titulares puedan disponer de todo o parte de sus derechos, de diferentes maneras, con bajos costos de transacción y a través del derecho a contratar libremente.

Un marco legal que reduzca los costos para definir, defender y enajenar los derechos de

- (1) “Algunos historiadores del desarrollo económico, como Douglas North y Robert Thomas, afirman que la creación de un sistema estable de derechos de propiedad fue la decisión crucial que permitió que comenzara el proceso de industrialización”. FUKUYAMA, Francis. *Confianza*. Buenos Aires: Atlántida, 1996. pp.85-86.
- (2) ANDERSON, Terry L. y HILL, Peter J. *Constitutional Constraints, Entrepreneurship, and the Evolution of Property Rights*. En: *Public Choice and Constitutional Economics*. Connecticut-Londres: Jai Press Inc. - Cato Institute, 1988. pp.208-210.

propiedad permitirá a sus titulares percibir las oportunidades en las cuáles podrán obtener ganancias -realizando transacciones de sus derechos de propiedad-, sea a través de la información dada por el mercado (los precios) o a través de lo que Hayek denominó “el conocimiento de las circunstancias particulares del tiempo y el lugar<sup>(3)</sup>”.

Todas las sociedades desarrolladas, durante alguna época de su historia, han establecido los mecanismos para definir, reconocer y dar estabilidad a los derechos de propiedad. Ejemplo de ello son los mecanismos de definición y reconocimiento de derechos de propiedad establecidos por la *Pre-emption Act* y la *Homestead Act* de los Estados Unidos<sup>(4)</sup>. Mientras que un ejemplo de la búsqueda de la estabilidad de los derechos de propiedad la muestra North<sup>(5)</sup> al sostener que el diseño de la Constitución de los Estados Unidos y de su sistema de *checks and balances* tuvo por objeto dificultar la posibilidad de que determinados intereses pretendan reestructurar los derechos de propiedad.

Cuando el Estado no asigna, reconoce ni da estabilidad a los derechos de propiedad, cuando éstos no gozan de una oponibilidad plena y cuando su transferencia tampoco recibe tal tutela estatal, las personas que poseen dichos bienes “como

propietarios” (el caso de Juan y María), en realidad no lo son. Carecen del reconocimiento y protección de la ley y sólo gozan de un “derecho disminuido” ante la legalidad y el mercado<sup>(6)</sup>. Si bien los predios de Juan y María tienen un valor de uso (que les permite emplearlos para vivir), carecen del valor de intercambio (pues no pueden transferirlos a su verdadero valor o hipotecarlos). Las transacciones legales que pueden realizar con sus predios son restringidas.

En 1995 se calculaba que el 50% de los titulares de viviendas urbanas y el 80% de los titulares de predios rurales en el Perú, enfrentaban el mismo problema de Juan y María. No podían acreditar su condición de propietarios pues carecían de títulos de propiedad jurídicamente incuestionables. El Derecho, sus autores, operadores y usuarios habían sido incapaces de establecer el marco legal adecuado para la definición, el reconocimiento y la estabilidad de todos los derechos de propiedad que incluyeran los de Juan y María. La responsabilidad del Derecho era mayúscula, considerando que diversos estimados concluían que sobre dichos predios se habían construido viviendas que acumulaban una inversión de más de 20,000 millones de dólares. Los llamados “propietarios informales” eran la mayoría y sus predios acumulaban un gran capital “muerto”

(3) ANDERSON y HILL. Op.cit.; p.210.

(4) Resulta interesante considerar una descripción general del proceso desarrollado en los Estados Unidos: “En 1841 se promulgó la Ley de Prelación (*Pre-emption Act*) para proteger a los ocupantes de las tierras, es decir a los primeros colonos que se habían adelantado a los estudios topográficos y catastrales y que, sin poseer título alguno sobre sus tierras, se encontraban a veces amenazados de expulsión, incluso por tropas gubernamentales. La nueva ley dio prioridad a esos ocupantes para que, antes que se vendieran en pública subasta, pudieran comprar las tierras si las habían colonizado con anterioridad a los levantamientos catastrales. En 1854 se aprobó la Ley de Graduación (*Graduation Act*). Las tierras que no se habían vendido a los precios mínimos fijados por el gobierno no podían venderse a precios inferiores. Seguidamente vino el gran hito del que se ha dicho tantas veces que divide la historia de las tierras públicas en los Estados Unidos: la *Homestead Act* (Ley sobre fincas rurales). Esa disposición, promulgada en 1862, estipulaba que un colono de buena fe podía recibir a título gratuito la propiedad de 160 acres (64 hectáreas), o 320 acres si estaba casado, siempre que habitara la tierra y la mejorara durante un periodo determinado y en ciertas condiciones. Con el paso del tiempo se hizo patente la necesidad de promulgar nuevas disposiciones, especialmente en las zonas donde se estaba desarrollando la minería y la explotación forestal, y eso condujo a diversas leyes, como la de 1873 sobre explotaciones madereras, la de 1877 sobre zonas desérticas y las dos de 1878, una sobre cortas de madera y otra denominada Ley de la madera y la piedra (*Timber and Stone Act*)”. NORTH, Douglass C. *Una Nueva Historia Económica*. pp.133-134.

(5) “La estructura política que Madison ayudó a construir en la Convención Constitucional estaba orientada explícitamente a prevenir la dominación partidista. Deseaba hacer no rentable a los grupos sociales el dedicar sus esfuerzos hacia la redistribución de la riqueza y la renta a través del proceso político. Para hacer extremadamente costoso a cualquier facción, mayoritaria o minoritaria, la utilización del sistema político con este objetivo, se diseñó un sistema de equilibrios (*checks and balances*). El sistema tripartito de gobierno -ejecutivo, legislativo y judicial-; la ulterior división del legislativo en dos cámaras; y el funcionamiento de los gobiernos locales, estatales y federales, son manifestaciones de un sistema diseñado para que el esfuerzo por reestructurar los derechos de propiedad y redistribuir la riqueza y la renta sea muy difícil(...). El objetivo era incorporar un conjunto de reglas comprensivas en una estructura legal impersonal; reglas que no dependerían de la voluntad política y que no estarían sujetas al cambio de los órganos legislativos. Así, la cláusula contractual de la Constitución, tal como fue interpretada por el Tribunal Marshall, estaba diseñada para rectificar la inseguridad de la propiedad privada que había nacido particularmente del comportamiento de los Estados individuales miembros de la confederación.” NORTH, Douglass C. *Estructura y Cambio de la Historia Económica*. Madrid: Alianza Editorial, 1994. pp.214-215.

(6) Similar afirmación es sostenida extensamente por PALMER, David. *Incentive-Based Maintenance of Land Registration Systems*. Florida, 1996.

para el mercado. ¿De qué sistema de derechos de propiedad podíamos hablar cuando las normas sobre la propiedad sólo se aplicaban a una minoría? ¿De qué legitimidad gozaban dichas normas?

La experiencia recogida y estudiada en el Perú sobre la propiedad informal, confirmaría que la causa principal de su surgimiento, crecimiento y subsistencia había sido el mantenimiento de sistemas legales e institucionales incapaces de definir, reconocer y dar seguridad legal a derechos de propiedad que se generaron o derivaron de situaciones de hecho no previstas por las instituciones formales<sup>(7)</sup>.

Este artículo pretende explicar como el desarrollo de un sistema de derechos de propiedad en el Perú, que se constituya en una base sólida para el funcionamiento extensivo de una economía de mercado, requería de “reformas institucionales” que establecieran un marco legal, de organización, de prácticas administrativas y ciudadanas, que resolvieran las trabas y redujeran los costos de las leyes que habían generado la propiedad informal.

## 2 El culpable es el Derecho.

Durante las últimas décadas se desarrollaron formas de acceso a la tenencia de tierras, con el fin de usarlas como viviendas o parcelas rurales y adquirir su propiedad, que no se ajustaron a la legalidad existente. La denominada “propiedad informal” incluyó los minifundios, las parcelaciones rurales y las lotizaciones urbanas de dichas tierras, generados luego de la reforma agraria y de la desintegración de cooperativas y comunidades campesinas; así como los asentamientos que rodearon las ciudades (pueblos jóvenes, asentamientos humanos, urbanizaciones populares, asociaciones y cooperativas de vivienda,

etc.) generados por la migración y el incremento poblacional. La división de tierras rurales en extensiones y con características no aceptadas por la ley; las invasiones a terrenos públicos, estatales y privados; o la adquisición de terrenos no previstos para fines urbanos, constituyeron los principales modos de acceso a la denominada “propiedad informal”. Estos modos de acceso no constituían medios caóticos de acceso a la tierra. Más bien, se encontraban conformados por un conjunto de reglas, acuerdos y conductas generalmente aceptadas y respetadas por quienes transferían y adquirirían las tierras. Un ordenamiento normativo ajeno al derecho formal regía estos nuevos modos de adquirir la tierra<sup>(8)</sup>.

### 2.1 De cómo el Derecho no vio el surgimiento de nuevos modos de acceso a la “propiedad informal” que requerían ser reconocidos.

Cuando se analiza la propiedad informal urbana, es posible establecer las diversas modalidades que la constituyen<sup>(9)</sup>.

Una primera categoría, que podría ser considerada como una adquisición ordinaria de “propiedad informal”, implicaba un acceso ilegal y de hecho a la ocupación o invasión de terrenos ajenos (estatales o privados), sin mediar pacto o acuerdo alguno con sus titulares. Miles de invasiones se fueron consolidando, no pudieron ser desalojadas, y finalmente, obtuvieron su reconocimiento legal y titulación (que no necesariamente generó derechos de propiedad incuestionables, como en el caso de María). Sólo en la provincia de Lima existen más de 1,200 asentamientos humanos que concentran más de 400,000 lotes.

Otra categoría que podría ser considerada

(7) Ver DE SOTO, Hernando. *El Otro Sendero*. Lima: El Barranco, 1986. Capítulo II y V. Numeral 1.1.2.

(8) “En el transcurso de sus investigaciones el ILD no encontró ninguna prueba que justifique el prejuicio que presenta como anárquica y desordenada la vida en los asentamientos informales. Antes bien, encontró un conjunto de normas extralegales capaces de regular en alguna medida las relaciones sociales, compensar la falta de protección legal y conseguir progresivamente estabilidad y seguridad para los derechos adquiridos”. DE SOTO. *Op.cit.*; p.19.

(9) Esta parte del artículo recoge elementos de un ensayo escrito por el Dr. Rolando Eyzaguirre, con la colaboración del autor, denominado *The Legal and Institutional Framework* (documento no publicado). Parte de las fuentes de dicho ensayo fueron los estudios llevados a cabo por el Dr. Eyzaguirre como miembro de los equipos de investigación sobre derechos patrimoniales en el Instituto Libertad y Democracia (ILD).

como una adquisición derivativa de “propiedad informal”, consiste en una modalidad por la cual los terrenos se adquieren mediante compra-ventas, donaciones, herencias, etc.; pero se les da un uso no permitido por la ley o el título del transferente carece de las condiciones suficientes (tracto sucesivo, constitución de su derecho de propiedad, etc.) para producir o dar seguridad legal a la transferencia. En estos casos, al no haberse cumplido con las autorizaciones, permisos o limitaciones legales para el uso urbano de los terrenos, o al no poder acreditar el derecho del transferente, los derechos adquiridos se encuentran al margen de la legalidad. Las principales modalidades son las siguientes:

a) La adquisición de terrenos agrícolas para fines urbanos, realizada por personas jurídicas, sin contar con la aprobación previa de la habilitación urbana respectiva (cooperativas o asociaciones de y pro vivienda).- Durante la reforma agraria de los años 70, propietarios de terrenos agrícolas cercanos a las ciudades, los vendieron con el objeto de evitar ser afectados por la reforma. De igual manera, beneficiarios de la reforma vendieron los terrenos adjudicados, al comprobar que su valor urbano era mayor que el de su explotación agrícola. Los compradores, migrantes de escasos recursos, se agruparon en asociaciones y cooperativas de vivienda con el objeto de adquirir, como personas jurídicas, los terrenos. Los integrantes de la asociación o cooperativa de vivienda nunca pudieron obtener un derecho de propiedad incuestionable sobre los terrenos comprados pues su uso para vivienda no estaba permitido por las normas legales, lo que les impidió obtener la aprobación de su proyecto de habilitación urbana (lotización, pistas, servicios públicos) y ello, a su vez, les impidió adjudicar la propiedad de los lotes a sus asociados y socios. En otros casos, las asociaciones y cooperativas de viviendas no pudieron registrar ni transferir a sus integrantes su derecho de propiedad, pues quienes les vendieron

carecían de dicho derecho al no haberse culminado los procesos expropiatorios de reforma agraria ni los procesos de adjudicación de las parcelas transferidas.

b) La adquisición individual de terrenos agrícolas.- Se trata de un supuesto similar al anterior, con la diferencia que la compra del terreno se realizaba individualmente, es decir, en lugar de vender íntegramente el terreno a una asociación o cooperativa de vivienda “habilitadora”, el propietario lotizaba el terreno y vendía los lotes individualmente. Este tipo de propiedad informal se conoce como “centros urbanos informales”. Sólo en Lima existen más de 150,000 lotes ocupados por pobladores de estas asociaciones y cooperativas de vivienda y centros urbanos informales, cuya propiedad debe ser formalizada.

c) Proyectos habitacionales del Estado.- Los programas de construcción de viviendas formales desarrollados por entidades del Estado, sólo han respondido al 2% de la demanda de la población. Sin embargo, aún en estos pocos casos, el Estado no ha sido capaz de entregar derechos de propiedad incuestionables, debido a la complejidad de los trámites para obtener la licencia de construcción, conformidad de obra, declaratoria de fábrica y certificado de numeración.

## **2.2 De cómo el Derecho no trató adecuadamente el reconocimiento de esta nueva propiedad predial.**

Esta nueva “propiedad informal” fue tratada de diversas maneras por la ley. Desde una perspectiva represora de estos modos de adquirir y ejercer la tenencia de los terrenos, se fue llegando a otra en la cual se aceptan los hechos consumados y se los pretende integrar a la legalidad.

El Estado pretendió crear mecanismos ordenados de acceso a la vivienda que significaron un rotundo fracaso. Las invasiones seguían produciéndose creando miles de nuevas viviendas urbanas, mientras paralelamente el Estado apenas

podía construir cientos de ellas. El acceso por la puerta principal del Derecho estaba cerrado.

Los procedimientos convencionales de declaración judicial de la propiedad se mantuvieron rodeados de fórmulas, plazos y requisitos que generaban costos de transacción imposibles de cumplir para los invasores. La puerta alternativa no permitía la entrada a la formalidad.

---

**Los costos de la informalidad,  
derivan de la falta de protección  
de las normas y de las facilidades  
resultantes de ponerse fuera del  
marco de dichas normas.**

---

La gran presión generada por este crecimiento urbano obligó al Estado a diseñar fórmulas que reconocieron legalmente, bajo ciertas condiciones, los nuevos modos de adquirir y ejercer la tenencia de la tierra y de la propiedad de ella. Esta actitud de aceptación constituyó una reacción político-legislativa que llegó a convertirse en un verdadero incentivo para continuar las invasiones, las divisiones de la tierra prohibidas por la ley y todas las otras formas de acceso y tenencia antes consideradas informales. Al final, todo el mundo entró por la ventana.

### 2.3 La puerta principal estaba cerrada.

Las diversas perspectivas legislativas del Estado fueron acompañadas de acciones legales supuestamente orientadas a facilitar el acceso a la propiedad y la vivienda. Con ellas se pretendió abrir vías de acceso a la creciente demanda.

Se promovieron programas públicos de urbanización o irrigación, se aprobaron reformas urbanas y agrarias, se establecieron limitaciones al derecho de arrendar los predios en beneficio de los arrendatarios (en la renta y el derecho a terminar el contrato), y se crearon procedimientos para la adjudicación de terrenos del Estado.

Sin embargo, los programas estatales de vivienda no pudieron satisfacer la demanda de viviendas<sup>(10)</sup> y los regímenes legales controlistas y restrictivos en materia de arrendamiento no permitieron que la oferta de unidades inmobiliarias para alquiler aumente y satisfaga la creciente demanda de estos bienes<sup>(11)(12)</sup>. Además, las investigaciones<sup>(13)</sup> basadas en la revisión de expedientes de adjudicación de terrenos eriazos del Estado, determinaron que acceder legalmente a la propiedad inmobiliaria urbana tomaba 43 meses e implicaba una secuencia de 207 gestiones administrativas, la producción de 105 documentos y el tránsito por 48 oficinas públicas (de la municipalidad respectiva, de los Ministerios de Vivienda y Justicia, el Palacio de Gobierno, los Registros Públicos y una notaría).

### 2.4 Intentemos por la puerta de al lado.

Producidas las invasiones y las adquisiciones de terrenos no previstos para fines urbanos, los poseedores de los lotes tampoco pudieron emplear los procedimientos convencionales para que sus derechos de propiedad les sean reconocidos. Los procedimientos para obtener la declaración de la propiedad, como la prescripción adquisitiva de dominio o los títulos supletorios, representaban un costo de transacción muy alto para sectores populares de escasos ingresos.

(10) El ILD demostró que los programas estatales de vivienda son un paliativo con escasos resultados. En efecto, de acuerdo con los datos de *El Otro Sendero*, en el Perú, la política de inversiones pública en vivienda, en el periodo comprendido entre 1960 y 1984 llegó a 862.2 millones de dólares, que comparada con la inversión informal ascendente a 12,000 millones de dólares, equivale a menos del 8% del esfuerzo de este último sector. Estas cifras demuestran por sí solas que la inversión estatal es insuficiente para permitir el acceso de la población a una vivienda. EYZAGUIRRE, Rolando. Op.cit.; p.4.

(11) La Ley del Inquilinato, Decreto Supremo No.21938 y las leyes de emergencia que desde 1985 extendieron los términos de los contratos mientras se congelaban los alquileres, agravaron el problema. Ver: *De Puerta en Puerta*. Un resumen del estudio realizado por el ILD, publicado en *Caretas* el 16 de diciembre de 1985.

(12) A similar conclusión llegan FRIEDMAN, Milton y STIGLER, George. *¿Techo o control de Alquileres? El Problema de la Vivienda*. En: *Popular Essays on Current Problems*. Vol.II. No.2. New York: The Foundation for Economic Education Inc., 1946.

(13) DE SOTO, Hernando. Op.cit.; pp.175 y ss.

## 2.5 Entremos por la ventana.

Desde 1962 hasta 1993 las Leyes y Decretos Legislativos No.13517, No.051, No.24513, No.25102, No.25314 y No.26264 renovaron, cada cierto tiempo, el reconocimiento de las invasiones, ordenaron la expropiación de los terrenos invadidos y la titulación de sus ocupantes. Ello generó el incentivo perfecto para que la población demandante de viviendas invadiera terrenos, esperando la próxima ley que les permitiera recibir la propiedad de los terrenos ocupados.

Esta nueva actitud del Estado de aceptar, reconocer y dar validez legal a la adquisición y tenencia informal de tierra, otorgando derechos de propiedad a los ocupantes de los terrenos invadidos, divididos o empleados irregularmente, se convirtió en una posición estatal constante frente al problema del acceso a la vivienda.

## 2.6 El incentivo perverso.

Como puede apreciarse, no solamente el marco legal establecido por el Estado fue ineficiente para que la demanda de terrenos para fines urbanos sea satisfecha sino que, más aún, dicho marco regulatorio generó un claro incentivo a favor de las invasiones de terrenos. De esta manera los costos de acceder a un terreno mediante la invasión eran menores que los costos correspondientes a los mecanismos estatales formales de acceso (programas de vivienda, procedimientos de adjudicación) o de reconocimiento de la condición de propietario (prescripción adquisitiva).

Ello demuestra que el marco legal tuvo gran parte de culpa en la responsabilidad de no propiciar un mecanismo ordenado y formal de acceso a la vivienda y de propiciar un incentivo a la invasión. El marco legal generó costos altos para el acceso formal a la vivienda.

## 2.7 Moraleja: de cómo el Derecho puede ser protagonista de un desastre.

La importancia y el efecto del Derecho

(incluyo todo tipo de normas jurídicas) en la economía constituye una afirmación ampliamente admitida hoy en día. Ronald Coase identificó y demostró como los “costos de transacción” afectan considerablemente la ejecución de las actividades económicas. Estos costos de transacción no solamente incluyen los costos de identificar a los agentes económicos relacionados con determinada actividad, sino la negociación, la información y el tiempo invertido en llevar adelante dicha actividad.

Entre los productores más importantes de costos de transacción se encuentran las leyes, reglamentos y todo tipo de norma que regula una actividad económica. El Código Civil, las normas registrales y las normas urbanísticas municipales son las que establecen los principales costos de transacción para el acceso y la tenencia de la propiedad y de la vivienda.

Los costos de transacción pueden también ser entendidos como los costos de la formalidad (los de acceder a la propiedad de un terreno a través de los procedimientos legales) y los costos de la informalidad (los de acceder a terrenos a través de la invasión)<sup>(14)</sup>.

Los costos de la formalidad, condicionan las decisiones de los individuos de incorporarse, mantenerse o colocarse al margen de lo dispuesto por las normas legales. Estos costos se distinguen en “costos de acceso”, que constituyen los requerimientos establecidos por las normas que deben satisfacer los individuos para obtener el derecho a realizar legalmente determinada actividad económica (por ejemplo: los requisitos para adjudicarse un lote de terreno); y “costos de permanencia”, que son los requerimientos que deben cumplir los individuos para conservar la legalidad originalmente adquirida (por ejemplo: el cumplimiento de las normas sobre habilitación urbana de terrenos).

Los costos de la informalidad derivan de la falta de protección de las normas y de las facilidades resultantes de ponerse fuera del marco de dichas

(14) Loc. cit.

normas. Estos costos son de dos clases: los “costos de ser ilegales” que constituyen las condiciones que deben enfrentar y las prácticas que debe satisfacer el individuo para mantenerse en la ilegalidad evitando las sanciones de las autoridades (por ejemplo: pagar “coimas” para no ser desalojados de un terreno invadido) y “los costos de no tener buena ley” que son los mecanismos e instrumentos legales eficientes a los que deben renunciar los individuos al preferir la informalidad (por ejemplo: la ausencia de un sistema legal adecuado de acceso a la propiedad de terrenos).

Cuando los costos de la formalidad son altos, el “precio” del cumplimiento de las disposiciones legales para ser y mantenerse formal es elevado y los incentivos respectivos son negativos. Así, la formalidad plantea a los individuos la alternativa de aceptar -e internalizar- sus costos, o los obliga a pasar a la informalidad. Los altos costos del cumplimiento de las leyes generan los incentivos para su incumplimiento: el “precio” del incumplimiento o transgresión resulta más bajo que el “precio” del cumplimiento<sup>(15)</sup> o de la sanción.

Como las alternativas legales para un acceso formal a terrenos para vivienda contenían costos muy altos (procedimientos engorrosos para adjudicarse un terreno, imposibilidad de acceder a un programa de vivienda por su escasa oferta, falta de incentivos para construir viviendas para alquiler por existencia de un régimen controlista), la alternativa que le quedó a los demandantes de vivienda fue acudir a la invasión, división o el uso ilegal de terrenos, a pesar que ello los obligaría a soportar los costos de la informalidad (vivir en malas condiciones, pues al tener que esperar el reconocimiento legal, sufrían una inseguridad legal que les impedía invertir en la consolidación de su vivienda). En este caso, es evidente que el costo de tener una propiedad informal era menor que el costo de acceder a ella mediante los mecanismos

formales establecidos por las normas legales.

### 3 Cómo defender al derecho.

#### 3.1 Los enfoques tradicionales de los programas de titulación de tierras<sup>(16)</sup>.

La generalidad de los programas de titulación de tierras, catastro urbano o rural y de reforma de los registros inmobiliarios, con los cuales diversos países han intentado enfrentar la problemática de la propiedad informal, se han limitado a resolver sus efectos y en algunos casos han pretendido dar solución a alguna de sus causas.

Por ejemplo, algunos programas han asumido que la titulación de la propiedad de la tierra supone la generación previa de un catastro. Por ello han priorizado, conceptual y económicamente, el desarrollo de estrategias y la asignación de recursos para realizar el levantamiento de planos de los lotes urbanos y de las parcelas rurales. Empleando tecnología de punta han levantado catastros que brindan información muy puntual sobre las características físicas (área, linderos y medidas) de los lotes y parcelas. Sin embargo, el levantamiento catastral (esencialmente físico) no ha sido ni es capaz de identificar al propietario, ni de resolver los problemas y trabas legales que impiden otorgarle o reconocerle su derecho de propiedad de manera segura y universalmente aceptada. Con el tiempo, la movilidad del mercado, el traspaso y la modificación de los lotes y las parcelas, así como la ausencia de incentivos para mantener actualizada la información del catastro, han ocasionado que dicha información no represente la realidad, se desactualice y pierda su valor inicial.

Otros programas han querido limitar la causa del problema de la informalidad a registros inmobiliarios que representan un alto costo de

(15) A similar conclusión llega Sir BLAIR-KERR, Alastair. *Second Report of the Commission of Inquiry*. Hong Kong: The Government Printer, 1973. p.22. Para más información ver: MOSQUEIRA, Edgardo. *El Rol de las Instituciones en la Lucha Contra la Corrupción*. pp.105 y ss. En: *Contribuciones*. Buenos Aires: CIEDLA, 1995.

(16) MOSQUEIRA, Edgardo. *La Informalidad de la Propiedad Urbana como Problema Institucional y Legal*. Documento preparado para la Academia Nacional de la Magistratura.

transacción para los usuarios. Desde dicha perspectiva han priorizado su atención en la capacitación del personal, la adopción de sistemas computarizados en sustitución de los tradicionales sistemas manuales, la mejora de la atención al cliente y la reducción de los costos y tiempos invertidos en la realización de sus trámites. Si bien las características de los trámites, personal y organización registrales constituyen parte del entorno legal e institucional que ha contribuido a la generación de la informalidad, ello no constituye una solución integral al problema. En efecto, sólo será posible registrar (en nuevos y ágiles registros) derechos de propiedad, siempre que éstos hayan sido previamente definidos y reconocidos. La ausencia de un marco legal e institucional que establezca y reconozca los derechos de propiedad sigue siendo, para este tipo de programas, el problema principal.

### 3.2 Los problemas legales e institucionales.

Formalizar la propiedad informal supone mucho más que crear catastros o modernizar sistemas registrales. Estos dos temas constituyen parte de los efectos y de las causas que producen la informalidad. Formalizar la propiedad informal urbana supone la aplicación de un sistema cuyos procedimientos permitan que la propiedad ocupada sea debidamente identificada e inscrita en los registros inmobiliarios; sus ocupantes reciban el reconocimiento o el otorgamiento del derecho de propiedad de sus lotes, se les garantice su *status* legal como propietarios y se les posibilite acceder a un título de propiedad registrado que pueda ser empleado en el mercado.

### 3.3 La reforma institucional es la mejor arma del Derecho.

Las “instituciones” son el conjunto de normas (leyes y reglas formales), organizaciones, prácticas y costumbres definidas o generadas por dichas normas, que determinan la actuación y el funcionamiento de las organizaciones y los individuos en una sociedad<sup>(17)(18)</sup>. Es por ello que el conjunto de instituciones o el “marco legal e institucional” que rige la asignación, el reconocimiento y la estabilidad de los derechos de propiedad es el que determina la existencia o no de la propiedad informal.



Como se ha explicado, la propiedad informal debe su surgimiento, crecimiento y subsistencia al mantenimiento de sistemas legales e institucionales incapaces de asignar, reconocer y estabilizar derechos de propiedad que se generaron o derivaron a partir de situaciones de hecho no previstas en dichas leyes o no acogidas por las

(17) “Las instituciones son un conjunto de reglas, procedimientos de aceptación y cumplimiento de las mismas, y normas éticas y morales de comportamiento que se diseñan para restringir el comportamiento de los individuos con el objetivo de maximizar la riqueza o la utilidad de los gobernantes y sujetos principales de una sociedad”. NORTH, Douglass. *Estructura y ....* Op.cit.; pp.227-228.

(18) “Los servicios básicos que el Estado ofrece son las reglas de juego. Evolucionen, bien como un cuerpo de tradiciones no escritas (como en el feudalismo), bien como una Constitución escrita, tienen dos objetivos: uno, especificar las reglas fundamentales de competencia y cooperación, que proporcionarán una estructura de derechos de propiedad (es decir, especificar la estructura de propiedad en los mercados de factores y productos) para maximizar las rentas correspondientes al gobernante; dos, dentro del marco del primer objetivo, reducir los costos de transacción para favorecer al máximo los impuestos que corresponden al Estado. Este segundo objetivo producirá la provisión de un conjunto de bienes y servicios públicos (o semipúblicos), diseñados para rebajar los costos de especificación, de negociación y de hacer respetar los contratos que subyacen al intercambio económico”. NORTH, Douglass. *Ibid.*; p.39.

instituciones formales. Por ello la base principal de la formalización de la propiedad supone la capacidad y posibilidad de establecer, a través de “reformas institucionales”, un marco legal e institucional que contemple las soluciones a las causas “institucionales” que han generado la propiedad informal. Las “reformas institucionales” deben entenderse como el conjunto de cambios que deberán producirse en leyes, reglamentos, entidades públicas y privadas, sus organizaciones, procedimientos, prácticas y costumbres, para que puedan incorporarse a la formalidad las propiedades y los propietarios informales.

Además, las reformas institucionales deberán diseñar mecanismos y procedimientos simples y cuyos costos de transacción sean muy bajos, para garantizar que los agentes económicos puedan acceder a la información registral sobre la propiedad formalizada y las transacciones; y para que los usuarios de las instituciones vinculadas con la formalización de la propiedad puedan retroalimentarlas con información que permita eliminar y reducir costos de transacción que puedan generar nuevamente la informalidad.

#### **3.4 La estrategia para formalizar la informalidad: la visión, misión y los principios de COFOPRI.**

En marzo de 1996 se promulgó el Decreto Legislativo No.803 que creó la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) y contempló un marco institucional mucho más completo para el desarrollo de un programa de formalización de la propiedad a nivel nacional.

Mediante la formalización, se busca

convertir en activos líquidos la propiedad predial de los sectores informales de menores recursos, para integrarlos en el mercado de bienes raíces y que sean objeto de transacciones. El objetivo es hacer definibles, defendibles y enajenables derechos de propiedad sobre los predios ocupados por millones de “propietarios informales”, para que puedan utilizar su principal recurso y acumulación de capital en el mercado.

Los principios que rigen el marco legal e institucional de COFOPRI son:

- a) Garantizar la definición, reconocimiento y estabilidad de derechos de propiedad sobre la tierra urbana, para que sean registrados con exactitud, gocen de legitimidad y seguridad legal, sean aceptados por el mercado y, por ello, sean exigibles y transables.
- b) Reconocer y realzar el valor de la inversión realizada por los propietarios privados del sector privado.
- c) Desarrollar e implementar procedimientos legales que incorporen los mecanismos y principios empleados en el sector informal<sup>(19)</sup>:
  - la definición, defensa y transferencia de las “propiedades informales”.
  - la prueba de la posesión y titularidad de las “propiedades informales”.
  - la resolución de conflictos.
- d) Emplear procedimientos administrativos simplificados que permitan la formalización integral y pro-activa de la propiedad empleando economías de escala<sup>(20)</sup>.
- e) Desarrollar e implementar mecanismos y procedimientos que permitan a los propietarios y poseedores de la tierra resolver sus conflictos por medio de la mediación y el arbitraje<sup>(21)</sup>.

(19) El Procedimiento de Formalización creado por COFOPRI incorpora dichos mecanismos cuyo uso, además, se encuentra regulado en el Decreto Legislativo No.495.

(20) COFOPRI realiza todas las actividades necesarias para formalizar la propiedad, de manera que los procedimientos de formalización se inician e impulsan “de oficio”. La elaboración de planos, estudios técnicos y legales, el empadronamiento y recolección de las pruebas de posesión se realizan directamente en los terrenos formalizados, incorporando la participación de los poseedores de los terrenos. Además, COFOPRI ha recibido facultades legales para declarar derechos de propiedad, en la vía administrativa, mediante procedimientos de regularización del tracto sucesivo y de prescripción adquisitiva de dominio (artículo 12 del Decreto Legislativo No.803 y artículos 7 y 8 de la Ley No.26878).

(21) El artículo 17 del Decreto Legislativo No.803 crea un Sistema Arbitral Especial de la Propiedad en el cual se resuelven todos los conflictos que se produzcan respecto de los actos de formalización de la propiedad realizados por COFOPRI. Ello ha constituido un gran “desincentivo” para reducir el número de procedimientos judiciales que anteriormente se iniciaban con el fin de entrapar las acciones de titulación.

- f) Emplear tecnología de informática sencilla, sólida, mejorable y del más alto nivel.
- g) Asegurar que la tierra urbana formalizada se adecue a los requisitos de habitabilidad y al marco legal para la habilitación de tierras vigente en el Perú.
- h) Crear los incentivos para mantener las transacciones de tierras de las propiedades formalizadas dentro del sistema formal.
- i) Poner en marcha un sistema de administración de tierras que sea eficaz y eficiente. Dicho sistema deberá comprender:
- Un sistema de información de tierras que abarque toda la tierra de propiedad del Estado y sus usos posibles.
  - El desarrollo e implementación de políticas que permitan el acceso legal a la tierra de propiedad del Estado.
  - El desarrollo de políticas para la generación de habilitaciones urbanas sobre propiedad del Estado como alternativa a las invasiones.

#### **4 El derecho enfrenta la propiedad informal.**

##### **4.1 Las nuevas armas de las reformas institucionales: el Procedimiento de Formalización de la Propiedad.**

El Procedimiento de Formalización de la Propiedad diseñado por COFOPRI crea mecanismos para definir, reconocer y dar estabilidad a los derechos de propiedad, sustituyendo procedimientos anteriores que nunca tuvieron muy en claro dicho objetivo y que, además, carecían de herramientas para lograrlo.

El Procedimiento de Formalización que permite hacer “definibles”, “defendibles” y “enajenables” los derechos de propiedad constituye parte de un marco institucional equivalente a los esfuerzos que en la historia de las sociedades desarrolladas fueron desplegados para crear y

expandir los derechos de propiedad sobre la tierra.

La formalización de asentamientos humanos se lleva a cabo a través de dos procesos claramente diferenciados:

##### a) Proceso 1.

Tiene como propósito el saneamiento o “limpieza” técnica y legal del derecho de propiedad del terreno ocupado por cada asentamiento humano, para generar el Plano Perimétrico (PP) y el Plano de Trazado y Lotización (PTL), que se inscriben a nombre del Estado en el Registro Predial Urbano.

En primer lugar, el Plano Perimétrico se levanta en el campo con referencia a coordenadas geográficas para determinar la ubicación exacta del terreno. Una vez ubicado geográficamente, se investiga la información legal que pudiera existir sobre las áreas ocupadas, para determinar si hay derechos o limitaciones sobre el terreno.

Se analiza información del Registro de la Propiedad Inmueble, Registro Predial, Superintendencia de Bienes Nacionales, Catastro Rural y Poder Judicial (para determinar si hay otros derechos); Catastro Minero (para definir si hay concesiones); Instituto de Defensa Civil (para verificar si se trata de zona riesgosa) e Instituto Nacional de Cultura (para verificar si hay restos arqueológicos).

Asimismo, se determina si la ocupación del asentamiento es previa a noviembre de 1993, caso contrario, no se puede formalizar la propiedad por mandato de la ley<sup>(22)</sup>. Cuando es posible, COFOPRI resuelve problemas de superposición de derechos y toma las acciones necesarias para adquirir el terreno si éste es conducido por agentes privados u alguna otra entidad del Estado. Este estudio equivale -aunque es más extenso y completo- a un “estudio de títulos”, con la ventaja que analiza la posesión y la situación física del terreno.

Luego que COFOPRI construye el PTL, lo envía al Registro Predial Urbano que lo califica, verificando que no existan otros derechos sobre los

(22) El artículo 20 del Decreto Legislativo No.803 termina con lo que hemos denominado “el incentivo perverso” (numeral 2.6), al no extender el plazo para el reconocimiento de invasiones. Esto fue confirmado por la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley No.26878.

terrenos, le asigna un código único a cada lote e inscribe el PTL. COFOPRI se convierte en el propietario registral del terreno del asentamiento.

b) Proceso 2.

Supone la identificación de cada poblador del asentamiento y su calificación como poseedor de un lote. Si su posesión reúne los requisitos legales específicos, tendrá derecho a un título de propiedad inscrito en el Registro Predial Urbano.

Durante el empadronamiento se visita cada una de las viviendas para identificar a los poseedores, solicitándoles la entrega de las pruebas que documenten una posesión continua, pacífica, pública y una vivencia permanente en el lote. Entre la documentación solicitada se incluyen recibos de pago de servicios públicos, constancias de posesión, contratos de crédito para mejoramiento de vivienda, padrones de pobladores, partidas de nacimientos de los hijos o recibos de pago de los colegios de los hijos, en los cuales se identifica si se ha consignado el lote empadronado como domicilio, etc.

Las pruebas de posesión son objeto de una calificación respecto a si la documentación presentada constituye evidencia suficiente para respaldar la titulación individual. Durante esta calificación se verifica si el solicitante del título no cuenta con otra propiedad.

#### **4.2 La solución definitiva: la seguridad jurídica de las propiedades formalizadas por COFOPRI.**

El procedimiento descrito muestra que COFOPRI genera adquisiciones derivativas de derechos de propiedad, es decir, deriva un derecho propio en favor del beneficiario de un título de propiedad registrado. Antes de otorgar un título de propiedad, realiza todas las acciones de saneamiento físico y legal indispensables para identificar la correcta ubicación física del terreno, determinar si existen superposiciones de derechos de terceros sobre dichos terrenos y, de no existir,

procede a la inscripción de la primera de dominio a favor del Estado. Sólo a partir de ese momento identifica al poseedor que cumple los requisitos para adquirir, del Estado, el derecho de propiedad sobre el terreno que ocupa.

El sistema de formalización de la propiedad diseñado por COFOPRI ha considerado de manera prioritaria la necesidad de rodear de seguridad jurídica a los títulos de propiedad que se inscriban en el Registro Predial Urbano.

La seguridad jurídica debe basarse no sólo en los elementos legales que otorguen oponibilidad absoluta a los derechos de propiedad reconocidos u otorgados por COFOPRI, sino además, en la confianza que esos títulos de propiedad generen en los distintos agentes del mercado. Esta confianza implica que los agentes económicos perciban que las transacciones que se realizan sobre dichos títulos sean seguras. Si el comprador duda de la legitimidad del título, su natural aversión al riesgo lo inducirá a no realizar transacciones o a asignar un valor menor al derecho, con el fin de reservar recursos para un posible o eventual cuestionamiento de la validez o eficacia del título de propiedad.

Por las razones expuestas, COFOPRI ha cuidado de diseñar mecanismos que hagan “defendibles” los derechos de propiedad y que ofrezcan al mercado garantías absolutas e incuestionables sobre los títulos de propiedad inscritos en el Registro Predial. Estas garantías, son principalmente las siguientes:

- a) En caso que algún tercero pretendiera alegar un derecho distinto sobre una propiedad inscrita y titulada por COFOPRI, el artículo 2022 lo obligaría a acreditar la titularidad de un derecho real inscrito con anterioridad al derecho de COFOPRI. La metodología de investigación de la propiedad empleada por el Procedimiento de Formalización (ver 4.1) garantiza que se haya descartado la pre-existencia de cualquier otro derecho en el sistema registral peruano.
- b) Resulta prácticamente imposible que un tercero

podiera alegar la pre-existencia de un derecho inscrito frente a los derechos de COFOPRI, no solamente por las características del Procedimiento de Formalización sino por las características del sistema registral empleado por el Registro Predial Urbano. Este sistema registral tiene una base textual y una base gráfica de información. Ello significa que la información sobre cada predio no sólo se encuentra literalmente descrita en una ficha registral (información textual) sino que esa ficha se encuentra relacionada con el plano donde se puede identificar el lote (información gráfica). Cada propiedad cuenta con un Código de Predio, de manera que a través de él, se puede acceder a la información textual o gráfica. En caso que se quisiera inscribir un derecho sobre un predio, este sería identificado gráficamente y todos los derechos constituidos sobre él serían también identificados. No existe la posibilidad de que derechos contradictorios se inscriban sobre un mismo predio, pues la referencia gráfica hace imposible dicha situación.

d) De otro lado, existe imposibilidad de que se inscriban otros derechos sobre el mismo predio en el Registro de la Propiedad Inmueble, en la medida que el artículo 11 del Decreto Legislativo No.803 prevé un procedimiento registral de bloqueo, traslado y cancelación de las partidas registrales del terreno, que pudieran estar inscritas en el Registro de la Propiedad Inmueble y que hayan sido trasladadas al Registro Predial Urbano.

En caso que cualquier tercero pretendiera alegar un derecho no inscrito, el artículo 1135 del Código Civil ordena que el juez debe preferir al que tenga derecho inscrito; en este caso, COFOPRI o el adjudicatario de la propiedad.

e) Aún en el supuesto que el tercero alegara un derecho real inscrito previamente al de COFOPRI,

amparable judicialmente, el artículo 18 del Decreto Legislativo No.803 establece que el tercero solamente tendrá lugar a la indemnización respectiva, mientras que el adjudicatario de la propiedad mantendrá su derecho y deberá pagar la indemnización respectiva.

f) El artículo 17 del Decreto Legislativo No.803 establece un sistema arbitral especializado al cual deberán acudir aquellos que se incorporen a las acciones de formalización de COFOPRI. Todos los terrenos formalizados por COFOPRI se incorporan, por mandato de la ley a este sistema arbitral de la propiedad.

#### 4.3 La reivindicación del Derecho.

Como puede apreciarse, se han instaurado cambios en el marco institucional que permiten definir, defender y enajenar los derechos de propiedad. Otras normas, procedimientos, sistemas, prácticas administrativas y comportamientos de los usuarios han sido también cambiados para enfrentar la problemática de la formalización de la propiedad. El impacto de los cambios legales ha sido indiscutible. Juan y María, entre otros miles de personas, han podido formalizar sus propiedades rápida y eficientemente y con costos muy reducidos para el Estado.

Solamente manteniendo esta nueva perspectiva, donde se entiende claramente el rol del marco institucional en el establecimiento y mantenimiento de derechos de propiedad formales, el Derecho dejará de ser uno de los principales cómplices del limitado desarrollo de los derechos de propiedad, será absuelto de la responsabilidad que tuvo en ello y se convertirá en la principal herramienta del reconocimiento de la propiedad privada. <sup>AB</sup>