

## Refugio de damnificados en hoteles

*Alexander Espinoza\**

Desde noviembre de 2010 funcionarios de la Policía de Caracas y de la Dirección de Control Urbano de la Alcaldía de Libertador obligaron a propietarios y encargados del sector hotelero de la Gran Caracas a albergar a 9.000 familias damnificadas por lluvias. Indicaron que en la ciudad había escasez de refugios dignos. No se estableció un tiempo de duración de la medida. No se ofrecieron indemnizaciones por pérdidas y daños patrimoniales. En la parroquia El Recreo los hoteles fueron ocupados al 100% de su capacidad.

Debe analizarse, si los damnificados tienen un derecho a exigir la protección del Estado (variante 1), así como, si los hoteles tienen derecho a exigir el restablecimiento de la situación jurídica anterior (variante 2)

### 1. La Relación jurídica

La descripción de la relación jurídica constituye el punto de partida de todo análisis de casos. Es conveniente identificar los sujetos que son titulares de derechos y obligaciones, así como la eventual participación de terceros interesados. En el caso de la participación de un órgano del Estado, en ejercicio de sus funciones públicas estaríamos en presencia de una relación jurídica de derecho público.

#### 1.1. Sujetos de la relación jurídica

Debe determinarse si los funcionarios de la Policía de Caracas y de la Alcaldía de Libertador actuaron en ejercicio de una función pública. Según la teoría del derecho especial (modificada), tal es el caso cuando la norma que regula el conflicto sólo establece facultades y obligaciones a un órgano del

---

\* Jefe de la División de Estudios y Representación de la Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica  
Doctor y Magister Universidad de Passau, Alemania. Profesor UCV

Poder del Estado, en su condición de tal, mientras que las normas que son aplicables a cualquier persona pertenecen al derecho privado.<sup>2</sup>

No encontramos disposición legislativa expresa que regule la ocupación coactiva de un inmueble. Admitiremos como tal, en principio, el artículo 34, núm. 2 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, según la cual, son atribuciones comunes de los cuerpos de policía, proteger a las personas y a las comunidades, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad, riesgo o daño para la integridad física, sus propiedades y su hábitat. Tal disposición es de idéntico contenido al artículo 55 de la Constitución.

La Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional tiene por objeto establecer las facultades y obligaciones de un órgano del Poder del Estado, en su condición de tal, por lo que las actuaciones de los funcionarios en base a tal disposición, son materia de derecho público.

## 1.2. Los bienes jurídicos en conflicto

Para determinar cuáles son los bienes jurídicos en conflicto, debe establecerse la finalidad de la actuación, esto es, los bienes jurídicos, cuya protección podría justificar la actuación del Estado. Además debe precisarse si la actuación produce una afectación de un derecho de libertad.

---

<sup>2</sup> Espinoza, Alexander / Rivas, Jhenny: Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Aspectos fundamentales. Tercera edición. Fundación Instituto de Estudios Constitucionales 2013, párr. 132

### 1.2.1. *El derecho a la vivienda*

En primer término, la finalidad de la actuación se encuentra destinada a brindar protección a las a 9.000 familias damnificadas por lluvias. Con ello, se pretende garantizar el derecho a una vivienda digna. Pero también pueden estar en peligro otros bienes jurídicos, tales como la vida, la salud de las personas que perdieron sus viviendas en un desastre natural.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reconocido que el derecho humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>3</sup>

En el derecho colombiano, se ha establecido que, en el caso de personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, debido a su estado de vulnerabilidad a causa del acaecimiento de un desastre, el principio de solidaridad cobra una dimensión concreta que hace que el derecho a una vida digna se relacione directamente con la salud, con la seguridad alimentaria y con la protección mínima de seguridad ante los peligros de la intemperie entre otros aspectos.<sup>4</sup>

La Sala Constitucional ha declarado que el derecho a la vivienda digna constituye un derecho típicamente prestacional, en tanto implica como co-

<sup>3</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación general N° 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), párr. 14

[http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html](http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html)

<sup>4</sup> T-530/11, párr. 21. En el mismo sentido las sentencias T-1125 de 2003 y T-743 de 2006 <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-530-11.htm>

relativo la exigencia de actuaciones positivas en cabeza del Estado y, también, de los ciudadanos, tendentes a la consecución del derecho.<sup>5</sup>

### 1.2.2. *Los derechos de libertad*

En segundo lugar, la actuación de los funcionarios de la Policía de Caracas y de la Alcaldía de Libertador podría constituir una afectación del ámbito protegido por los derechos de libertad económica y de propiedad privada.

Una “afectación” es una intervención de carácter no irrelevante en el objeto protegido por el derecho fundamental en contra de la voluntad del titular del derecho.<sup>6</sup> Se trata de la intervención estatal, formal, intencional e inmediata en un bien jurídico.<sup>7</sup> Como consecuencia de tal intervención se activan los mecanismos de protección del Estado de derecho: La reserva legal; la prohibición de exceso y de defecto; la posibilidad del recurso judicial y generalmente, determinadas previsiones procedimentales.<sup>8</sup>

En la jurisprudencia nacional se ha definido la libertad económica, como una manifestación específica de la libertad general del ciudadano, la cual se proyecta sobre su vertiente económica. De allí que, fuera de las limitaciones expresas que estén establecidas en la Ley, los particulares podrán libremente entrar, permanecer y salir del mercado de su preferencia, lo cual

<sup>5</sup> SCON-TSJ 11/08/2006 Exp. 00-1362

[http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/107.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/107.htm)

<sup>6</sup> Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, Rdnr. 59

<sup>7</sup> Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, Rdnr. 59; Schmidt-Aßmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, 234

<sup>8</sup> Schmidt-Aßmann, Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, 234

supone, también, el derecho a la explotación, según su autonomía privada, de la actividad que han emprendido.<sup>9</sup>

La ocupación de los hoteles afecta la libertad de actuación de las empresas. También se afecta el derecho de propiedad sobre tales espacios, el cual comprende el derecho al uso, goce, disfrute y disposición de los bienes. La actuación es realizada por un órgano del Estado, de forma intencional y como consecuencia inmediata de su intervención, por lo que se trata de una afectación directa e inmediata del derecho fundamental.

## 2. Requisitos formales

Daremos por cumplidos los requisitos formales de conformidad a derecho de la medida, relativos a la competencia por la materia y el territorio, con las formalidades establecidas en la ley, pero debemos analizar brevemente el requisito del derecho al debido proceso y la defensa de los afectados.

El artículo 49, num. 3 de la Constitución garantiza el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso. La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece como principio general la audiencia previa del interesado en el procedimiento (art. 49). En la Ley Orgánica de la Administración Pública encontramos una excepción del deber de consulta previa de los actos normativos, en caso de emergencia manifiesta, por fuerza

<sup>9</sup> SCON-TSJ 01/10/2003 Exp. No 00-1680 “INVERSIONES PARKIMUNDO C.A.”  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/2641-011003-00-1680.HTM>

En términos similares: Hernández G., José Ignacio: *Disciplina jurídico-administrativa de la libertad económica*. En la obra colectiva: *El principio de legalidad y el ordenamiento jurídico-administrativo de la libertad económica*. VII Jornadas internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. Tomo I. FUNEDA 2005, pág. 186

de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad o en los casos de legislación excepcional previstos en la Constitución, en cuyo caso se establece un deber de consulta posterior (art. 141).

En el presente caso, no se realizó ninguna actuación destinada a permitir la participación de las empresas afectadas por la medida de ocupación con anterioridad a la decisión. Un procedimiento previo hubiera podido asegurar en algunos casos una medida concertada y acuerdos bilaterales, o por lo menos, hubiera permitido obtener la información necesaria para asumir decisiones adecuadas.

La infracción de las garantías del procedimiento constituye, en el presente caso, una violación del derecho fundamental a la libertad económica y al derecho de propiedad.

### 3. La reserva legal

El contenido clásico del principio de reserva legal está referido a cualquier forma de limitación en la libertad y la propiedad de las personas,<sup>10</sup> por lo cual la actuación de intervención en los derechos de libertad económica y de propiedad debía estar basada en una disposición legislativa expresa.

De acuerdo con el principio de seguridad jurídica, es necesario que *“el administrado conozca anticipadamente el hecho prohibido y las consecuencias de sus actos, a los fines de evitar aquellas conductas que pudieran ser*

---

<sup>10</sup> Espinoza, Alexander: Principios de Derecho Constitucional. Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas 2006, pág. 159

*objeto de sanción*”.<sup>11</sup> También son útiles criterios de proporcionalidad. Así, la densidad de la ley formal deberá ser mayor cuanto más intensamente, afecte a los derechos fundamentales.<sup>12</sup>

En el presente caso, la ocupación de los hoteles constituye una afectación grave de los derechos a la libertad económica y de propiedad, por lo que sería precisa una disposición legislativa, que determine con claridad el contenido de la medida de ocupación temporal, así como los presupuestos y límites temporales y materiales.

En el derecho alemán, es aplicada la facultad de la policía administrativa de incautación de bienes.<sup>13</sup> Sin embargo, en Venezuela, la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional no contiene un catálogo de medidas de intervención, lo cual constituye un grave vacío legislativo.<sup>14</sup> Mientras no se regule en detalle la actuación de los cuerpos de policía, tendremos que aplicar en su lugar la cláusula general contenida en el artículo 34, núm. 2 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, para afirmar que los funcionarios actuaron en base a una habilitación legal expresa.

---

<sup>11</sup> SCON-TSJ 30/03/2004 Exp. N°: 02-1957. Crítico de esta posición, Peña Solís, José: “La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana” pág. 130

<sup>12</sup> SCON-TSJ 17/08/2004 Exp. N° 03-0508 y 03-0527. Esta fórmula ha sido sostenida reiteradamente por el Tribunal Constitucional alemán. Crítico Eberhard Schmidt-Assmann, „La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema“, pág. 201.

<sup>13</sup> VGH Baden-Württemberg · Urteil vom 2. Dezember 1996 · Az. 1 S 1520/96, párr. 23  
<http://openjur.de/u/332758.html>

Un criterio distinto es sostenido en la doctrina. Gornig/Jahn, Fälle zum Polizei- und Ordnungsrecht. Beck 2006. 3. Auflage, pág. 197, quien sostiene que es aplicable la cláusula general de intervención policial.

<sup>14</sup> Hemos propuesto la regulación específica de las medidas de intervención. Véase en esta Revista: <http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/medidas.pdf>

La situación de los damnificados puede ser calificada como una amenaza para el orden público, que justifica la intervención de la policía administrativa.<sup>15</sup>

#### 4. La discrecionalidad de la Administración

##### 4.1.1. *El ámbito de evaluación*

El art. 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos contiene una definición de la discrecionalidad administrativa. Se trata de la situación creada por una disposición legal o reglamentaria, que hubiera dejado una medida o providencia a juicio de la autoridad competente. La jurisprudencia ha distinguido entre los actos discrecionales y los actos reglados.<sup>16</sup>

En el presente caso, la cláusula general contenida en el artículo 34, núm. 2 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional deja una amplia discrecionalidad a la Administración, a quien corresponde decidir cuál sería el contenido del acto (*quid*), si es o no oportuna la intervención (*an*) o la forma de la misma (*quomodo*).

En este caso, la Administración resolvió imponer unilateralmente la ocupación temporal de hoteles, de forma coercitiva, por un tiempo indeterminado y sin limitaciones de espacio.

---

<sup>15</sup> También en la jurisprudencia alemana:

VGH Baden-Württemberg · Beschluss vom 5. März 1996 · Az. 1 S 470/96, párr. 2

<http://openjur.de/u/349827.html>

VG Sigmaringen · Urteil vom 27. Juli 2011 · Az. 5 K 2547/09, párr. 26

<http://openjur.de/u/357324.html>

VGH Bayern, 07.07.2015 - 4 CE 15.1275, 4 CE 15.1421

<http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2016-N-42677?hl=true>

<sup>16</sup> SPA-TSJ 21/05/2002 Exp. Nro. 2000-1057



#### 4.1.2. *La reducción a cero de la discrecionalidad*

A pesar de la existencia de un ámbito de discrecionalidad, puede producirse en el caso concreto una vinculación del órgano Administrativo, de tal forma, que sólo resulte ajustada a la naturaleza del asunto una decisión determinada.<sup>17</sup> Ello, puede tener lugar cuando, según la naturaleza del asunto, todas las demás alternativas posibles resulten contrarias al deber de la administración,<sup>18</sup> especialmente en los casos de peligros considerables para los bienes jurídicos protegidos, tales como los peligros para la integridad física o la vida, o la amenaza de un daño patrimonial considerable.<sup>19</sup>

La Sala Constitucional ha admitido que, como consecuencia de la temporada de lluvia puede ser inminente una de catástrofe natural, de tal naturaleza que la discrecionalidad de la Administración queda reducida a una única opción, por lo que estaría obligada a realizar el desalojo de la zona.<sup>20</sup>

Además de la medida de desalojo, la Administración pública puede encontrarse obligada a brindar un albergue provisional. La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido en tales casos, el derecho de las personas que no se encuentren ya en un lugar apto para vivir, a que se les asegure un albergue provisional, para garantizarles una estadía digna, en razón del estado de múltiple situación de vulnerabilidad.<sup>21</sup> La Corte ha establecido la responsabilidad de las autoridades municipales en la prevención y atención de

---

<sup>17</sup> BVerwGE 78, 40/46

<sup>18</sup> BVerwGE 78, 40/46

<sup>19</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, párr. 71

<sup>20</sup> SCON-TSJ 11/08/2006 Exp. 00-1362

[http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/107.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/107.htm)

<sup>21</sup> T-264-12

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-264-12.htm>

desastres y el deber de reubicación en caso de hogares situados en zonas de alto riesgo.<sup>22</sup>

#### 4.1.3. *Derechos de los damnificados*

De acuerdo con lo expuesto, el derecho a la vivienda digna puede servir de fundamento a la pretensión de las personas afectadas por la pérdida de sus viviendas, a ser desalojadas del lugar de peligro, así como a recibir un albergue provisional, en condiciones dignas.

#### 4.1.4. *El control de la discrecionalidad*

Los restantes elementos de la discrecionalidad pueden ser objeto de control a través del principio de proporcionalidad. El art. 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos también establece los límites del ejercicio de la discrecionalidad y los parámetros para su control.<sup>23</sup> En efecto, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

En cuanto al método, desarrollaremos los elementos del estado de necesidad policial en los cuales están implícitos los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> T-175-13

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-175-13.htm>

<sup>23</sup> SPA-TSJ 05/03/2002 Exp.Nº 16584; SPA-TSJ 09/11/2005 Exp. Nº 2004-0036; SPA-TSJ 12/08/2004 EXP. Nº 2003-0944; SPA-TSJ 20/04/2006 Exp. Nº 2003-1118

<sup>24</sup> Un análisis separado es realizado por Gornig/Jahn, Fälle zum Polizei- und Ordnungsrecht. Beck 2006. 3. Auflage, pág. 203

## 5. El estado de necesidad policial

En el derecho alemán, la figura del estado de necesidad policial ha tenido aplicación en el ámbito del refugio de damnificados; una materia de gran importancia práctica luego de la segunda guerra mundial, pero aún vigente.<sup>25</sup> Esta figura presupone que el peligro no pueda ser repelido de otra forma y que los órganos administrativos no dispongan de recursos propios e incluso del auxilio de particulares, para brindar una protección efectiva.<sup>26</sup>

Por regla general, las medidas de intervención policial deben dirigirse, en primer lugar, en contra de los perturbadores y responsables de la alteración o peligro para la seguridad y orden público.<sup>27</sup> Para la emisión de medidas en contra de un tercero no responsable de la situación de peligro, es preciso (1) la existencia de un peligro grave que debe ser repelido; (2) que las medidas en contra del responsable no sean posibles, oportunas o capaces de alcanzar el fin perseguido; (3) que el órgano competente no sea capaz de repeler oportunamente el peligro, por sí mismo o con el auxilio de un contratista y, (4) que no suponga un peligro o afectación de bienes jurídicos de elevado valor del tercero no responsable. El mantenimiento de las medidas de necesidad sólo es admisible, en la medida en que el peligro no pueda ser repelido de otra forma.<sup>28</sup>

### a) Existencia de un peligro grave

---

<sup>25</sup> Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 239

<sup>26</sup> BVerfG · Beschluss vom 26. März 2001 · Az. 1 BvQ 15/01, párr. 22  
<http://openjur.de/u/219847.html>

<sup>27</sup> Véase en nuestra propuesta sobre las medidas de intervención, en esta Revista, artículo 9:  
<http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/medidas.pdf>

<sup>28</sup> Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 240

Un peligro es actual cuando ya se ha producido la situación dañina o cuando la misma es inminente en un tiempo inmediato y previsible con cierto grado de seguridad. El peligro es grave cuando afecta un bien jurídico importante, como la vida, la salud, la libertad o un bien patrimonial no irrelevante.

La pérdida de la vivienda por una catástrofe natural constituye entonces un peligro grave y actual.

b) Medidas en contra del responsable

En el derecho comparado se distingue entre la situación voluntaria de indigencia, de la situación que no ha sido causada intencionalmente por el propio afectado. Solo en este último caso, se produce una afectación al orden público.<sup>29</sup> En el caso de la situación de pérdida de la vivienda, corresponde en primer término al propio afectado procurar una solución a la situación de pérdida de su vivienda.<sup>30</sup> Sólo cuando sus esfuerzos resultan infructuosos se presenta el deber de intervención del Estado. La intervención policial se refiere a ofrecer un refugio provisional, que resuelva la amenaza inmediata a la vida o la salud, mientras que la solución definitiva corresponde a los órganos administrativos de la seguridad social.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> VGH Baden-Württemberg · Beschluss vom 5. März 1996 · Az. 1 S 470/96m, párr. 4  
<http://openjur.de/u/349827.html>

<sup>30</sup> Beschluss vom 3. Juni 2014 Az.: 5 L 469/14.NW  
[http://www3.mjv.rlp.de/rechtspr/DisplayUrteil\\_neu.asp?rowguid={571DBEA2-6A79-415E-A25D-B372CF23CD51}](http://www3.mjv.rlp.de/rechtspr/DisplayUrteil_neu.asp?rowguid={571DBEA2-6A79-415E-A25D-B372CF23CD51})

<sup>31</sup> OVG Greifswald · Beschluss vom 23. Juli 2009 · Az. 3 M 92/09, párr. 15  
<http://openjur.de/u/336985.html>

En el caso de la catástrofe natural puede presumirse que las familias afectadas no tienen capacidad de resolver por sí mismas la situación de pérdida de su vivienda.

c) La suficiente capacidad organizativa

En principio, corresponde al Estado establecer planes de prevención y atención de desastres y contar con estructuras organizativas de capacidad suficiente para el cumplimiento de sus metas y objetivos (art. 21 LOAP).

La afectación de los intereses de un tercero no responsable del peligro constituye la última ratio. La autoridad administrativa debe agotar todos los medios alternativos menos gravosos. De tal forma tiene prevalencia el alquiler de habitaciones en hoteles y pensiones. En este supuesto, no es relevante la existencia de recursos económicos de la Administración, incluso el agotamiento de la disponibilidad presupuestaria.<sup>32</sup>

Por el contrario, el uso de edificios públicos, destinados a otros fines, sólo podrían ser ocupados en casos excepcionales, durante un tiempo limitado, en razón de la grave afectación de otras tareas del Estado.<sup>33</sup> Estos espacios no pueden ser usados en forma permanente como refugio, en razón de que no reúnen las condiciones de una vivienda digna.<sup>34</sup>

En el presente caso, puede considerarse que forma parte de la capacidad organizativa de la Administración, la solución del problema a través de convenios con particulares. Se trata de una situación, en la cual la actuación bi-

<sup>32</sup> Gornig/Jahn, Fälle zum Polizei- und Ordnungsrecht. Beck 2006. 3. Auflage, pág. 200

<sup>33</sup> Schoch, Friedrich: *Polizei- und Ordnungsrecht*. En: Schoch, Friedrich (Coord.), *Besonderes Verwaltungsrecht*. Mit Onlinezugang zur Jura-Kartei-Datenbank. 15ta Edición, De Gruyter Studium, Berlín 2013, párr. 246

<sup>34</sup> Schmidt, Rolf: Fälle zum Polizei- und Ordnungsrecht. 6. Auflage 2014 Verlag Rolf Schmidt,., pág. 226

lateral y consensual tiene prevalencia frente a la actividad unilateral y coactiva del Estado.

En consecuencia, el Estado estaba en la obligación de procurar un consenso con los hoteles afectados o con otros particulares que tuvieran capacidad suficiente para ofrecer un refugio provisional a los damnificados. Sólo una vez agotada la vía consensual, hubiera sido admisible la actuación unilateral de la administración.

La omisión de la vía contractual puede considerarse en el presente caso un vicio de la actuación unilateral, en razón de que la afectación de terceros no responsables del peligro sólo es admisible cuando hubiera sido la única vía disponible para resolver la situación de emergencia.

En situaciones excepcionales, en que la capacidad organizativa de la Administración resulte insuficiente, pueden ser admisibles medidas en contra de terceros no responsables del peligro.

d) La afectación de bienes jurídicos importantes del tercero

En este caso, los hoteles no son responsables del origen del peligro ni tienen una obligación legal de reparar el daño causado por la catástrofe natural. Si a pesar de ello, se adoptan medidas de emergencia, debe respetarse el principio de prohibición de exceso y de proporcionalidad.<sup>35</sup>

El tercero no responsable del peligro no puede ser expuesto a su vez a una situación de peligro considerable ni a una afectación grave de sus derechos.

---

<sup>35</sup> Incluso durante un estado de excepción, toda medida debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar en lo que respecta a gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación (Artículo 4 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción)

En cada caso concreto, debe determinarse si los derechos del afectado tienen o no prevalencia frente a la situación de emergencia.

En el presente caso, puede justificarse una ocupación unilateral, por el tiempo estrictamente necesario para que la Administración asuma una medida alternativa. Correspondía a la Administración el deber de vigilancia permanente para determinar la existencia de otro lugar de refugio, en cuyo caso debía cesar de inmediato la ocupación coactiva del hotel.

Pero en ningún caso podía ser empleada como una solución permanente. La espera a la construcción de viviendas no es un parámetro válido para justificar el alcance temporal de la medida.

Otro aspecto que determina la infracción del principio de proporcionalidad es la ocupación de un porcentaje del espacio de los hoteles, a tal punto que hacía imposible toda actividad económica. En tales casos, se produce una afectación del contenido esencial del derecho.

Finalmente, los afectados tenían derecho a una justa indemnización. Sin embargo, la indemnización no constituye en este caso una forma de compensación de la actividad contraria a derecho, por lo que los afectados disponían de la garantía del restablecimiento de la situación jurídica infringida.

### **Resultados:**

- Como fundamento jurídico es aplicable el artículo 34, núm. 2 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, mientras no se regule en detalle la actuación de los cuerpos de policía;

- La infracción de las garantías del procedimiento constituye, en el presente caso, una violación del derecho fundamental a la libertad económica y al derecho de propiedad;
- El derecho a la vivienda digna puede servir de fundamento a la pretensión de las personas afectadas por la pérdida de sus viviendas, a ser desalojadas del lugar de peligro, así como a recibir un albergue provisional, en condiciones dignas;
- El Estado estaba en la obligación de procurar un consenso con los hoteles afectados o con otros particulares que tuvieran capacidad suficiente para ofrecer un refugio provisional a los damnificados. Sólo una vez agotada la vía consensual, hubiera sido admisible la actuación unilateral de la administración;
- Puede justificarse una ocupación unilateral, por el tiempo estrictamente necesario para que la Administración asuma una medida alternativa, pero en ningún caso podía ser empleada como una solución permanente.
- La ocupación de un porcentaje del espacio de los hoteles, a tal punto que hacía imposible toda actividad económica, constituye una afectación del contenido esencial del derecho;
- Finalmente, los hoteles afectados tenían derecho a una justa indemnización.