

WEBINAR COVID-19 Y DERECHO PÚBLICO: ALGUNOS TEMAS PARA EL DEBATE

Ponentes:

Julio Castro, Juan Domingo Alfonzo Paradisi, Miguel Mónaco

Moderador:

Carlos García Soto

Fecha: 17 de abril de 2020

Moderador: Bienvenidos a este seminario virtual que hemos organizado en la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, con el apoyo de Universitas Fundación. La intención de este seminario es analizar algunos temas que nos parece son importantes para el debate, desde la perspectiva del derecho administrativo. Sabemos que una pandemia, que es algo que afortunadamente ocurre hoy en día con poca frecuencia, implica riesgos, problemas, soluciones que hay que encontrar.

Para el derecho, una situación de este tipo en la que está involucrada la salud pública (en el sentido literal del término), por supuesto que plantea importantes problemas, y desde luego, en AVEDA nos hemos planteado algunos de los asuntos fundamentales que el COVID-19 plantea a los efectos de nuestra disciplina.

Cuando pensamos en organizar esta actividad, y discutíamos sobre quién podía apoyarnos para implementar toda la logística y ejecutar la organización que una actividad de este tipo supone, pensamos que la mejor opción era acudir a nuestros buenos amigos de Universitas Fundación, quienes han estado realizando una labor impecable de difusión de contenidos jurídicos durante estas semanas en las que nos hemos visto obligados a permanecer en casa. Así que, desde la Asociación, queremos agradecer toda la labor que está realizando Universitas, y que ustedes pueden monitorear en sus redes sociales, y en particular, agradecer el enorme apoyo que nos están prestando para la realización de esta actividad.

Hemos pensado en qué podemos ofrecer a nuestros afiliados, a nuestros amigos de otras asociaciones y a nuestros colegas abogados, y hemos organizado este foro “COVID-19 y Derecho Público”; hemos seleccionado para ello a cuatro ponentes de primer nivel:

En primer lugar, el profesor Julio Castro. Conocido por muchos venezolanos que le hacen seguimiento al tema de la pandemia. Es médico

infectólogo de la Policlínica Metropolitana, director de la organización Médicos por la Salud, miembro de la Sociedad Venezolana de Infectología, y profesor del Instituto de Medicina Tropical de la Universidad Central de Venezuela. Por encima de eso, es una autoridad científica en Venezuela en pandemias. El profesor Julio Castro va a exponer sobre “¿Cuál es el Estado de la situación de la salud en Venezuela?”.

También tendremos al presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, el profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central y la Universidad Católica Andrés Bello, Juan Domingo Alfonso, quien va a exponer sobre “el Estado de alarma constitucional y las medidas económicas que se han estado dictando durante las últimas semanas desde el poder Ejecutivo”.

Por último, vamos a tener la intervención de Miguel Mónaco, profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello y miembro de la Asociación quien va a trabajar el tema de “las potestades estatales para controlar epidemias el caso del COVID”.

Las intervenciones van a ser de 15 minutos en el orden en el que ha sido descrito, y luego que termine la intervención del profesor Mónaco, vamos a tener 15 minutos para agrupar las preguntas que hagan los participantes del seminario. Haremos una serie de preguntas que van a ser leídas por mí para los ponentes, tendremos quince minutos para ellos. La idea es que el evento dure una hora y cuarto, quince minutos cada ponencia y quince minutos para las preguntas y respuestas.

De nuevo, gracias a los ponentes, gracias a Universitas Fundación y gracias, por supuesto, a los que han solicitado participar en este evento. Vamos entonces a dar la palabra al profesor Julio Castro.

Julio Castro: ¿Cuál es el Estado de la situación de la salud en Venezuela?

Bueno, voy hablar en estos próximos 15 minutos un poco sobre mi visión del tema de la epidemia y con énfasis en cómo puede afectar esa epidemia a Venezuela en los próximas semanas o meses.

El virus, lo que conocemos hasta ahora (que hay mucha incertidumbre todavía), es un virus cuya transmisión es muy eficiente a pesar de que no sea muy mortal. La eficiencia, la transmisión y el porcentaje de personas que se han visto afectadas desde forma asintomática hasta esta forma severa, es precisamente lo que genera el impacto global que él tiene.

A diferencia de otros virus, como el ébola, por ejemplo, que son muy mortales, la misma capacidad de ser muy mortales evita que sea muy transmisible, porque la persona que se expone, que se enferma y se pone muy grave, muy rápidamente evita que tenga contacto con muchas personas. Pero una persona que es asintomática, como puede pasar con el

caso del COVID-19, puede transmitir la enfermedad aun sin saberlo, y eso es lo que ha hecho que la expansión de la enfermedad haya sido tan eficiente a nivel mundial.

La verdad es que el virus se ha comportado de una manera que llamamos “estereotipada” en el mundo entero, con algunas muy ligeras excepciones que son básicamente países del sudeste asiático; Taiwán, Corea del Sur, Japón y Singapur, en el resto de los países la tasa de crecimiento ha sido bastante homogénea.

Las epidemias se dividen en dos mecanismos o en dos momentos de transmisión; en el primer momento hay una fase que crece “lentamente” (que es lo que nosotros llamamos la fase de crecimiento lineal), y si ustedes ven la gráfica de Johns Hopkins (que la mayoría la gente de hoy se conecta para ver cuántos casos hay en el mundo) van a ver que hay una primera fase que es como cuando un avión va despegando, es muy larga o relativamente plana, y posteriormente pasa a una segunda fase que es una fase de crecimiento exponencial.

En la primera fase, el crecimiento que dijimos que era un crecimiento lineal, la tasa de duplicación de casos (de números totales) se establece en promedio cada dos semanas más o menos. Después es que dará paso a la fase exponencial, hay una tasa de crecimiento de duplicación de casos nuevos por día de más o menos cuatro o cinco días, y eso les da una idea de la magnitud de crecimiento de la epidemia, y creo que esto es importante para después hablar el contexto en el cual, en mi opinión, estamos en Venezuela en este momento.

Como verán, este virus se ha importado de manera muy severa a países con un sistema de salud muy robusto; vale decir España, Italia, Reino Unido, Francia, que son países conocidos por nosotros por tener sistemas de salud muy robustos.

Luego, un elemento importante para poder entender el contexto, es que tenemos que entender que la epidemia no es una sola, sino es una suma de epidemias en cada uno de los países que se ha venido produciendo a través de todo el globo terráqueo, y uno de los primeros elementos que le digo a la gente es que no podemos comparar el momento de Venezuela hoy con el momento de China hace tres meses. Esto es una película; la película de China ya está en los títulos finales, y la de nosotros en los títulos del principio. Si tú entras a la sala de cine y ves un poco de títulos, no sabes si estás entrando o estás finalizando. Y un poco entender esa dinámica de la epidemia a través de todo el globo hace que uno ponga en mejor perspectiva el tema de dónde estamos.

La gran pregunta de ¿por qué el comportamiento ha sido un poco diferente, sobre todo, en el sureste asiático al resto del mundo?, pues hasta ahora, el concepto general de los expertos, dice que obedece a que la

gente del sureste asiático utilizó dos estrategias combinada que fueron muy eficientes. La primera de ellas: pusieron medidas de distanciamiento o de cuarentena muy temprano. Y lo segundo, pues hicieron un número de pruebas inusualmente a las que le permitían identificar a la mayor cantidad de personas que tenían virus y esas personas, una vez identificadas, fueron aisladas la mayoría de veces en sus casas, pero era un aislamiento muy eficiente; al lograr aislar esas personas y al detener la dinámica social, hicieron que la curva de transmisión se modificara de una forma importante. Ojo: no es que acaba la epidemia, sino que hace que la tasa de transmisión se haga menos intensa, eso no lo pudieron hacer en España, ni Italia, Inglaterra tampoco, pero esos países asiáticos tuvieron esas dos estrategias.

Obviamente la dimensión de los países juega un papel importante. No es lo mismo tener control sobre un país que tiene, de repente, 5-6 millones habitantes, contra un país que tiene dos mil millones de habitantes. Las dimensiones de los Estados hacen cierta diferencia; pero creemos que eso es el elemento fundamental.

Hasta ahora en el mundo entero, como habrán visto, la estrategia dominante es tratar de hacer lo que se llama “el aplanamiento de la curva”, básicamente es tratar de hacer es que el crecimiento de los casos, a través de diferentes estrategias, tú lo haces un poco menos empinado, y tratas de acoplar la cantidad de casos que llegan a los hospitales, para hacerlo manejable por tu sistema de salud. Entonces, hay una negociación, hay un *trade off* entre el nivel de casos y tu capacidad operativa real del sistema de salud, y eso hace que evites que se desborde, o sea, que el agua pasa por encima del dique y empieza a desbordarse qué es lo que vimos que pasó en Italia.

Ese aplanamiento de la curva tiene elementos diferentes según cuál es la capacidad real de cada uno de los países, entonces, los países que tienen mucha más capacidad, como, por ejemplo: Inglaterra y Alemania. Bueno no se ven sobrepasadas en términos de su capacidad operativa de unidades de emergencia y camas de terapia intensiva; y los otros países si se vieron superados. Pero todo tiene que ver con cuántas unidades tienes tú disponible en base a la población que va a ser afectada. Entonces, eso es una variable muy relativa que opera en eso en esos dos sentidos.

Lo otro importante de destacar es que estos elementos, que tienen que ver con el impacto de la comunidad, generan un impacto secundario más allá del impacto estrictamente sanitario, o sea, no solamente los muertos, las personas que van a los hospitales, cuántos requieren medicamentos, sino, como ustedes ya han visto, la epidemia ha producido un impacto social, antropológico, económico, brutal en el mundo, y yo me atrevería a decir que si nos ha tocado vivir algo complejo en la historia de nuestras vidas va a ser la epidemia, en términos del impacto que esto va

a tener; ya a estas alturas, el impacto en términos de fallecidos, han habido mucho más que el 11 de septiembre.

Es difícil recordar un evento de una magnitud global tan importante como esta pandemia, y esto no se va a acabar en cuatro semanas (yo quiero ser enfático en eso). Inmunológicamente, desde el punto de vista estrictamente patológico, nada más hay una sola forma que se acabe la epidemia: que todo el mundo se infecte; y para que todo el mundo se infecte puede ocurrir dos cosas: que todo el mundo se infecte o que infectes a todo el mundo vacunándolo. La vacuna en una forma de infección controlada, no va a haber vacunas hasta dentro de un año al menos, esto es un hecho, no podemos violentar lo que aprendimos en la ciencia durante casi cuatro siglos de investigación por mucho que hiciéramos, y hay candidatos de vacunas ya disponibles; vacunar a siete mil o seis mil millones de personas es un experimento que no podemos darnos el lujo que salga mal. Entonces, la investigación requiere una fase de conocimiento que requiere tiempo, y ese tiempo no es menos de unos meses largos, que es no menos, como yo le dije, de 7-8-9-10 meses en el mejor escenario posible. Entonces, no teniendo vacuna dentro de un año, nos queda, en los próximos meses, tratar de entender o saber cómo es una forma ordenada de infección (que es lo que empiezan a pensar los países porque obviamente no podemos estar el mundo entero en cuarentena lo que nos queda de año).

Llegamos entonces a la pregunta: ¿cómo hacemos qué volvamos a una vida más o menos normal en los próximos meses para tratar de que la tasa de infección sea de alguna forma manteniendo mi capacidad operativa real sobre la capacidad que tengo de atender pacientes? Hasta el momento, y ahí voy a contextualizar ahora a Venezuela, Venezuela se encuentra en una situación, en términos del sistema de salud, absolutamente precario. Esto lo digo con conocimiento del sistema de medición; nosotros tenemos un sistema de monitoreo que tenemos hace cinco años, pero desde hace dos años el sistema de monitoreo sobre los grandes hospitales del país es semanal. Nosotros sabemos dónde hay morfina y dónde no hay morfina; dónde hay insulina y dónde no hay insulina; cuántos médicos trabajan en la emergencia; cuáles camas están funcionando y cuáles camas no; y por eso nosotros tenemos confianza que nuestros números dicen muy exactamente la situación de salud del país en Venezuela. Hay 200 camas de terapia intensiva (eso no quiere decir respiradores), la elasticidad de ese número es mínima, aun haciendo un esfuerzo muy importante puede llegar a 230-250, pero eso es absolutamente insuficiente para una magnitud mediana de la epidemia.

Nuestro sistema de salud es muy precario, yo hago un símil para explicar a la gente esto: nosotros estamos en el trayecto de un huracán de categoría 5, así se comportó en Europa y no hay razones para que se

comporte diferente en América Latina, y nosotros vamos a enfrentar un huracán de categoría 5 con un “palafito” en medio del lago de Maracaibo; esto, en otros países como los EEUU, probablemente están enfrentando el huracán con un edificio de ocho pisos que tiene pilotes, y a nosotros nos va a tocar enfrentar al mismo huracán de categoría 5 en un “palafito”; es así como yo veo como nuestro sistema de salud. Si lo corresponden con otros elementos sociales como son: disponibilidad elementos, disponibilidad de combustible, capacidad de transporte, precarización de los servicios básicos; bueno, estamos ante el escenario de una tormenta perfecta para nuestro país, en términos del impacto masivo que debe tener esta epidemia.

En base a la situación actual, los números groseros de los voceros oficiales es que estamos alrededor de 200 casos, y en mi opinión eso refleja dos cosas: refleja que hay una capacidad truncada o limitada del ministerio de hacer diagnósticos; el diagnóstico, según ellos, han expresado que esos 200 casos son pacientes que están dando positivos para la prueba estándar que se llama “PCR”, es una prueba molecular, una prueba muy sofisticada e higiene; el Instituto Nacional de Higiene solamente tiene la capacidad, en nuestros cálculos, de hacer 100 pruebas, alrededor de 100 pruebas al día, al tener su capacidad truncada, y es una línea plana, esa capacidad operativa lo que está haciendo es dando una imagen de la epidemia que no es real de lo que esté pasando en la sociedad. No sé si me entienden, yo les explico: si tú tienes una fábrica de leche y produce mil litros de leche al día, pero tú tienes 500 *tetra pack* de un litro al día, tu capacidad de producción no son los mil litros de leche, son los 500 de *tetra pack* entonces tienes una dicotomía entre lo que produces de leche y lo que puedas realmente vender; y eso lo que está pasando con el elemento diagnóstico, más allá de la propaganda oficial que dirían que hacen veinte mil (20.000) pruebas al día, esas pruebas son pruebas rápidas que no puedes mezclar con las pruebas estándar, y esas pruebas rápidas tienen grandes deficiencias para detectar el número de casos con los pacientes que están con enfermedad aguda.

De alguna manera, esto es un pequeño *briefing* de la idea de lo que creo que está pasando. Nosotros tenemos un sistema de monitoreo en las comunidades y un sistema de monitoreo del número de camas ocupadas por pacientes con patologías respiratorias en unidades de terapia intensiva y emergencias en todo el país, y a pesar de que no vemos afluencia de casos en los hospitales todavía, si estamos empezando a notar un ruido en las comunidades todavía muy incipiente. Tenemos un clúster en Margarita, tenemos un clúster en Turen, hay un clúster en Trujillo, un clúster en Aragua, empezamos a ver clústeres, y yo creo que la epidemia en Venezuela ha estado ralentizada por un fenómeno que conocíamos con anterioridad que es que nosotros tenemos una cuarentena de viajes al exterior antes de que tuviéramos la cuarentena formal. En Venezuela llegan

7-8 vuelos a la semana que conecta con Europa; en el mismo ciclo, o sea, una semana, Panamá recibe 75 vuelos y siete de ellos directos con China. Entonces, el influjo de virus que pudiera llegar al país estaba ralentizado por la cuarentena previa que teníamos de vuelos internacionales, si a eso tú le sumas que en el resto del país hay un tema de poca comunicación por el asunto de la gasolina, o sea, la gente se moviliza menos de lo que debería moverse, tú tienes una capacidad de irradiación del virus mucho más lenta, pero una vez que el virus entra, indefectiblemente se va a replicar en todo el país.

Yo creo que es cuestión de semanas que empecemos a ver una actividad más importante del virus, yo no creo que la epidemia esté controlada, yo no creo que la curva esté aplanada en Venezuela, yo creo que simplemente se ha ido ralentizando y pienso que más o menos en dos o tres semanas vamos a empezar a ver actividad más intensa y probablemente nos va a agarrar una situación problemática peor de la que estamos viendo ahorita con la gasolina y distribución de alimentos. Yo creo que, en general, como le digo, el impacto de esta epidemia (entendiendo nuestras carencias y debilidades) va a ser mayor que en el resto de los países de América Latina, porque no veo ninguna razón plausible, al menos desde el punto biológico, para pensar que la situación de Venezuela va a ser mejor que en cualquier otro lugar, a menos que pensemos que Dios es venezolano o en todo caso es oficialista o madurista, pero no creo que haya ninguna razón biológica para pensar que en realidad tengamos algún beneficio de que la situación en Venezuela sea mejor que en el resto de los países donde la hemos visto la epidemia.

Bueno, ya cumplí mis 15 minutos. Yo lo dejo por aquí y después pasamos a la ronda de pregunta.

Moderador: Muchísimas gracias al profesor Julio Castro. Verdaderamente brillante la exposición. Vamos ahora con el profesor Juan Domingo Alfonso quien va a exponer “el alcance constitucional del estado de alarma y las medidas económicas que se han estado dictando en las últimas semanas desde el poder Ejecutivo”.

Juan Domingo Alfonso Paradisi: El alcance constitucional del Estado de Alarma y las medidas económicas que se han estado dictando en las últimas semanas desde el poder Ejecutivo

Muy buenos días. Muchas gracias a la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), y a ustedes por participar en esta importante conferencia/webinar que estamos teniendo. La iniciativa de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo dirigida a sus miembros, así como también para todos aquellos que tengan interés en este tema. Estamos sufriendo en todo el mundo por la pandemia, y que estamos sufriendo, por supuesto, aquí en Venezuela. De igual manera gracias a

Universitas por su plataforma y encantado de compartir la mesa con los distintos profesores que, por cierto, un detalle humano aquí: estamos varios profesores que estudiamos juntos, incluso, en la misma promoción. Hace pocos años atrás, digamos en el año 82, con distintas profesiones, entre ellos el doctor Julio Castro y Faustino Flamarique, junto con los demás que están en la mesa, y nos parece una importante iniciativa de aportar nuestro profesionalismo en relación con la grave situación de pandemia en virtud del COVID-19.

A mí me ha correspondido el tema del Estado de excepción, y en concreto, el Estado de alarma, concretamente porque esto tiene implicación en todos los ciudadanos venezolanos, de igual manera en las empresas que realizan vida, en este caso, en Venezuela. Para aquellos que no son abogados habría que decir qué es un Estado de excepción:

Un Estado de excepción, jurídicamente, es un acto de gobierno, se encuentra en la Constitución. ¿Quién puede dictarlo? lo puede dictar el presidente de la República en Consejo de Ministros, de acuerdo con la Constitución. ¿Cuándo puede ser dictado? cuando existan circunstancias de orden social, económico, ecológico, político, que afecten gravemente la seguridad de la nación o de los ciudadanos o sus instituciones, y es un poco lo que está pasando con una de las modalidades, específicamente el Estado de excepción de alarma, que está afectando gravemente a la seguridad en materia de salud a los venezolanos. ¿Qué efectos tiene el Estado de excepción? Tiene fundamentalmente dos efectos: a) Ampliar las facultades del Ejecutivo Nacional; b) Restringir, de manera temporal, las garantías Constitucionales de los ciudadanos.

Todo esto me permite señalar que el Estado de excepción, y en concreto, el Estado de alarma, no implica un vacío jurídico, no implica ausencia de normativa y de legalidad, el Estado de excepción es una ventana, es un piso que otorgan las propias Constituciones (en el caso venezolano en los artículos 337 a 339 de la Constitución de 1999) a los efectos de, justamente, tratar de dar piso jurídico a determinada normativa para volver a la normalidad, pero eso no implica ni ausencia de norma jurídica ni la permisión de arbitrariedad.

En la declaratoria de Estado de excepción, de acuerdo al artículo 339 de la vigente Constitución de 1999, se debe regular, en caso de la restricción de garantías constitucionales, el ejercicio del derecho, cuya garantía se restringe. De acuerdo a una ley especial (que es la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción), toda medida debe ser proporcional a lo que se quiera afrontar, a la gravedad, a la naturaleza, al ámbito; también, la duración de la medida debe ser limitada a las exigencias y debe ser dictado con estricta necesidad, y una cuestión típica y característica fundamental de los Estados de Excepción es que: tienen que ser insuficientes los

medios ordinarios para afrontar, por parte del Ejecutivo Nacional, la situación de emergencia.

De acuerdo a la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, el presidente puede dictar las medidas que estime convenientes en aquellas circunstancias que afecten gravemente la seguridad de la nación o de sus ciudadanos. Tenemos que el 15 de marzo de 2020 fue dictado el decreto de Estado de excepción de dlarma; ahora ¿eso implica que pueda dictarse un sólo decreto de Estado de excepción y un sólo decreto que contenga el Estado de alarma? ¿o pueden ser también dictados varios decretos en ese sentido? ¿o varios decretos que ejecuten como decretos leyes al Decreto de Estado de excepción?

La Ley Orgánica sobre Estados de Excepción establece, además, la obligación de toda persona (natural o jurídica) a cooperar con las autoridades competentes, incluso se pueden imponer servicios extraordinarios (por supuesto, con lugar a indemnización), ejemplo: la carta que han recibido los hoteles en cuanto a habilitar espacios para los contagiados por COVID-19 o algunas previsiones en relación con los laboratorios farmacéuticos en cuanto a la producción y distribución de medicamentos.

Se establece, en la mencionada ley, la posibilidad de delegar, no las facultades a ser tomadas por el Estado de alarma, en este caso, sino la ejecución de las medidas tomadas por el presidente de la República, de acuerdo al artículo 16 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

Por último, la facultad de requisar muebles, inmuebles en propiedades de los particulares privados, en virtud de las graves circunstancias que esto significa. De tal manera, que la consideración del Estado de excepción la hace el presidente de la República, y puede haber circunstancias graves que él tiene que evaluar y tiene que ver si dispone o no de los medios necesarios para enfrentar esa situación.

Los Estados de excepción tienen un control político y un control jurídico constitucional que después fue abordado por la sentencia N° 0057-2020 de fecha 24 de marzo de 2020 y en virtud de la dicotomía de poderes, se han dado unas situaciones particulares en cuanto al inicio del control por la Asamblea Nacional. Con respecto a los controles tuvimos una situación particular en el año 2016 en relación con el estado de emergencia, de tal manera que, de acuerdo al Estado de excepción, se amplían las facultades del Ejecutivo Nacional y se restringen, de manera temporal, las garantías constitucionales. Para los no abogados tenemos la Constitución, tenemos la Declaratoria del Estado de excepción por parte del presidente la República (acto de gobierno), y pueden dictarse en ejecución de la declaratoria de Estado de excepción y de las medidas formales expresamente establecidas en ese Estado (por ejemplo, en este caso modalidad de Estado de alarma), medidas esas dictadas por parte del presidente de

la República de conformidad con el artículo 15 de Ley Orgánica sobre Estados de Excepción. Aquí había una serie de anomalías de algunos estados y municipios, estableciendo, prácticamente todos estos, toques de queda y restricciones en cuanto a la circulación de personas y vehículos, dependiendo de la situación; situaciones que en muchos casos no les competen a las autoridades estatales ni municipales.

La Constitución y la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción establecen, siguiendo los estándares internacionales, diversas garantías que no pueden ser restringidas, por ejemplo: el derecho a la vida, el debido proceso, la libertad de pensamiento, entre otras.

Asimismo, hay diversos tipos de Estado de excepción, a nosotros nos toca explicarla modalidad del Estado de alarma. Ese Estado de alarma fue dictado en Venezuela, así como en otros países, por ejemplo: en España, de acuerdo a la Constitución del 78, (artículo 116 numeral segundo), se prevé igualmente, como en la Constitución venezolana, y dicho Estado de alarma tuvo una prórroga en Venezuela de 30 días el primero de abril 2020. Ahora, este decreto de Estado de excepción de alarma y su prórroga pueden ser criticados desde el punto de vista jurídico por las siguientes particularidades:

i. Porque efectivamente no se regula, en el mismo decreto, el ejercicio del derecho como lo manda el artículo 339, de aquellas garantías que hayan sido efectivamente restringidas; muchas de ellas no las regulan en el mismo decreto de Estado de excepción y no se restringen formal y expresamente diversas garantías.

ii. Se autoriza, ampliamente, el mismo presidente, para restringir posteriormente determinadas garantías. Si lo ven con cuidado, por ejemplo, el artículo 7 del Decreto de Estado de excepción, le da potestad al presidente de la República para restringir la circulación en determinadas áreas geográficas, y éste, posteriormente, podrá dictar medidas alternativas en cuanto: la circulación vehicular o peatonal para la adquisición de bienes esenciales: alimentos, medicinas entre otros; e igualmente el artículo 8 prevé la suspensión de actividades en determinadas zonas o áreas geográficas. De tal manera que, es una especie de “ley habilitante”, muy amplia y contraria a la Constitución y, por otra parte, restringe, así mismo, otras garantías sin indicar las previsiones Constitucionales o los derechos Constitucionales a los que se está haciendo referencia.

iii. Y se autoriza, por último, en la disposición final primera, para dictar “otras medidas”, cosa que también sería una causal de nulidad o de violación por inconstitucionalidad del Decreto de Estado de alarma.

Por tanto, en efecto, se autoriza para restringir la circulación en el artículo 7 del Decreto de Estado de alarma, sin citar el artículo 50 de la Constitución vigente, como es la libre circulación, el derecho al libre

tránsito; se suspenden actividades y actividades laborales sin citar los artículos del derecho a la libertad económica (art. 112) o el derecho al trabajo (art. 88); se suspenden las actividades escolares y académicas sin identificar el derecho a la educación (art. 102); se restringe la libertad económica en bares, restaurantes, cines y teatros sin identificar el derecho a la libertad económica; y se impone, por ejemplo, el uso de mascarillas, posibilita el derecho de reunión, totalmente comprensible y justificable, sin identificar el derecho de la libertad personal.

El Decreto del Estado de alarma da la potestad al presidente de la República de restringir la libre circulación, y dice que este tomará medidas que permitan la circulación vehicular o peatonal; así mismo, los traslados de vehículos, por ejemplo, se establece una limitación: serán efectuados en cuanto a colectivos con una sola persona para evitar exposición y la propagación del virus; y el presidente, de acuerdo al artículo 8, puede suspender las actividades en distintas zonas rurales.

El artículo 9 nos prevé, en el Decreto de Estado alarma, una serie de excepciones, por ejemplo: en materia de alimentos, en materia de medicamentos, que no pueden ser objeto de suspensión como entidad económica, y eso está en una serie de numerales.

De igual manera se suspende, en todo el territorio nacional, la realización de todo tipo de espectáculos públicos, conciertos, conferencias que supongan la aglomeración de personas, y esto para evitar la propagación del virus.

Del mismo modo, se han restringido las actividades de sobrevuelos en Venezuela (comerciales y privados), solamente se ha dejado la actividad de carga y se han permitido la actividad portuaria. Se ha dictado una medida en cuanto al sector cambiario, que es la medida de la SUDEBAN cerrando los bancos. Todo esto ha tenido impacto en cuanto a los arrendamientos porque hay la suspensión de los pagos de los cánones de arrendamientos y la suspensión de aplicación del desalojo.

Ahora, aquí hay una cuestión muy importante que se ha planteado: el tema de la fuerza mayor, el caso fortuito y el hecho del príncipe. La fuerza mayor es cuando la relación jurídica entre acreedor y deudor, en una actividad, se exime al deudor de cumplir por una causa extraña no imputable al deudor, y, por tanto, se destruye esa relación jurídica; hay una causa que exime del cumplimiento de la obligación. Esto es importantísimo en cuanto al Estado de Excepción porque, la disposición final sexta del Decreto de Estado de alarma la cual prevé, cito:

La suspensión o interrupción de un procedimiento administrativo como consecuencia de las medidas de suspensión de actividades o las restricciones a la circulación que fueren dictadas no podrá ser considerada causa imputable al interesado, pero tampoco podrá ser invocada

como mora o retardo en el cumplimiento de las obligaciones de la administración pública. En todo caso, una vez cesada la suspensión o restricción, la administración deberá reanudar inmediatamente el procedimiento.

Parece implicar, según algunos, una suspensión *ope legis* de todos los procedimientos administrativos, incluso los procedimientos administrativos de contenido tributario. Allí tienen lo que establece la disposición final sexta, que es la suspensión o interrupción de dichos procedimientos, como consecuencia las medidas de suspensión de actividades o las restricciones a la circulación que fueron dictadas, y no podrá ser considerada causa imputable del interesado, pero tampoco podrá ser imputada la mora. De tal manera que, según algunos, implica una suspensión de todos los procedimientos administrativos de pleno derecho, pero también puede ser alegado por las personas “el hecho del príncipe”, esto es, la imposibilidad absoluta del cumplimiento de una obligación debido al cierre de los Bancos instruido por la SUDEBAN, así como derivado del acto de gobierno, Declaratoria de Estado de Excepción de alarma (disposición final sexta), dictada por el presidente de la República, aunado a la fuerza mayor o caso fortuito del coronavirus, que pueden constituir eximentes en cuanto al cumplimiento de una obligación.

Todo esto afecta la normal relación de causalidad entre la conducta del deudor y el daño ocasionado, y por tanto, aquí, por ejemplo, desde el punto de vista de la relación jurídica tributaria, se ha señalado que puede haber un eximente en cuanto al cumplimiento de las obligaciones tributaria; por ejemplo: si usted no pudo declarar, si usted no pudo pagar, si usted es un contribuyente especial y no pudo realizar el pago de la obligación tributaria, porque usted solamente tiene cuenta abierta en bancos privados, pudiese estar subsumido en el artículo 85.3 del Código Orgánico Tributario que exime de la responsabilidad tributaria, lo cual hay que evaluar y demostrar caso por caso. Esto también se puede extender a la suspensión temporal de las labores en materia laboral, establece el artículo 72 literal i, de la Ley Orgánica del Trabajo, de los trabajadores y trabajadoras en cuanto a la fuerza mayor o caso fortuito como causa justificadora de la suspensión de la relación laboral; y es extensible también a otras obligaciones que tengan las personas y las empresas, ya sean de naturaleza civil o mercantil, de acuerdo a los arts. 1271 y 1272 del Código Civil; igualmente en cuanto a los contratos, tenemos que revisar en todas las empresas, así como en relación a las personas naturales y jurídicas que realicen actividades económicas, sus contratos, a ver si en esos contratos se estipula la fuerza mayor o el caso fortuito o el hecho del príncipe y, efectivamente, verificar si hay una eximente de la obligación del deudor en cuanto a estas distintas obligaciones. De tal manera que, en la fuerza mayor, se requiere que el hecho haga imposible totalmente el

cumplimiento, sea imprevisible, sea irresistible y no sea atribuible a conducta de omisión culposa.

Para terminar, quería subrayar que el Estado de Excepción de alarma, en virtud de su disposición final sexta, puede tener el reconocimiento de la situación grave de pandemia que estamos viviendo, y en virtud de la suspensión de actividades y restricción de circulación, puede haber la imposibilidad absoluta del cumplimiento de determinadas obligaciones. Pero esto también puede ser derivado del hecho del príncipe, por ejemplo: el tema de la circular emitida de la SUDEBAN N° SIB-DSB-CJOD-0245-de 15 de marzo 2020 que cerró los bancos y la imposibilidad de la realización de los pagos; o afectaciones en materia arrendaticias para las empresas, para los arrendatarios y el cambio de la relación entre arrendatario y arrendador por seis meses; así como también el tema de las obligaciones legales, civiles o mercantiles; o las obligaciones contractuales, en virtud de esta causa extraña no imputable que puede afectar la actividad económica de las empresas y que puede afectar las obligaciones de cada una de las empresas.

Muchas gracias por su atención y por su interés, gracias a la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), y quedo a la orden para el ciclo de preguntas al finalizar cada una de las exposiciones.

Moderador: Muchas gracias al profesor Juan Domingo Alfonso (quien es el presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo) por esta exposición general sobre los aspectos constitucionales y legales que supone el estado de alarma decretado por el Ejecutivo Nacional. Ahora vamos a descender a temas sectoriales, por lo que continuamos con el profesor Miguel Mónaco, quien expondrá sobre “¿cuáles son las reglas, desde el punto de vista sanitario, que permiten al Estado ejercer en caso que ordenen el aislamiento de un ciudadano?”

Miguel Mónaco: ¿Cuáles son las reglas, desde el punto de vista sanitario, que permiten al Estado ejercer en caso que ordenen el aislamiento de un ciudadano?

Bien, yo quiero agradecerle primero a AVEDA, a su presidente Juan Domingo Alfonso y a Universitas por esta iniciativa, y especialmente al profesor Carlos García por toda su organización e iniciativa que siempre tiene en este tema académico, así que una gracia especial a al profesor Carlos García por esta excelente iniciativa y organización; igualmente a Julio y a Natalie de Universitas.

Fíjense que el tema del COVID-19 nos trae a un tema que nos pone en una situación de análisis distinta a la que tradicionalmente habíamos visto en los estados de excepción y ¿por qué razón? hace algún tiempo, en España comenzó la idea o las llamadas “arcas de Noé”, es decir, colocar a pacientes que se encuentran infectados (o a personas sospechosas de

estar infectadas) en áreas de aislamiento a los fines de evitar que el contagio continuara propagándose; este virus que, como dijo el profesor Julio Castro, tiene unas características especiales que además hace que su contagio sea mucho más fácil, como hemos podido conocer a través de los medios públicos.

Si ya los venezolanos habíamos vivido tiempos interesantes (en lo particular), esto trae al mundo un momento especialmente interesante, que es el revisar la potestad del Estado para colocar a personas en cuarentena o aislamientos de manera forzosa; no me refiero a los casos en los cuales usted voluntariamente quiera someterse a una cuarentena, bien sea en su hogar o en un centro hospitalario, sino que aquí estamos hablando de la potestad del Estado para que, forzosamente, a personas que se encuentren sospechosas de estar infectadas o incluso infectadas, a colocarla en zona de aislamiento, ¿por qué? porque aquí se encuentra en balance el derecho a la libertad personal, que tradicionalmente, para que introduzcamos el tema, se parte de la base que sólo mediante una orden judicial (bien sea que usted sea encontrado en flagrancia caso lo cual tiene que ser presentado posteriormente ante un tribunal o en caso de que se presuma que usted ha cometido un delito, a través de una orden judicial para prevenir la posibilidad de fugas) pues usted es que podría ser arrestado o detenido.

Estos temas tienen mucho interés, de hecho, en el pasado, por ejemplo, durante la Segunda Guerra Mundial, las personas por tener origen japonés, fueron colocados en los campos de concentración que EEUU hacía, y era por labores netamente preventiva por su origen nipón. Obviamente luego se habló de la inconstitucionalidad de esas medidas, pero eso sucedió.

Fíjense que está el tema, hay dos balances, que es el balance que se encuentra en el derecho a la libertad personal con el balance al derecho a la salud y a la vida de las personas que pudieran ser infectadas, y estos nos traen un tema interesantísimo en los estados de excepción que es recordar que el estado de excepción, su fundamento verdadero, es el estado de necesidad, ¿por qué? porque como decía el profesor Juan Domingo Alfonso y dice el 337 de la Constitución: usted no tiene facultades ordinarias para manejar la crisis que está ocurriendo. Aquí yo quiero comenzar por recordar algo, y es que cuando se habla de estado de excepción es importante tener una distinción entre garantía y derecho:

El derecho, obviamente, es un título, una esfera personal que tiene una naturaleza relativa; yo lo ejerzo respecto a alguien, bien sea de forma positiva, de forma negativa; en forma negativa es mi libertad, nadie tiene derecho a afectar mi libertad salvo determinadas razones y bajo determinados procedimientos, o tiene determinados derechos de naturaleza

positiva, propias del Estado Social, donde usted puede exigirle al Estado determinadas prestaciones.

Mientras que las garantías son esferas de protección de esos derechos.

Los estados de excepción, en Venezuela, hablan de restricciones de garantías, no hablan de restricción de derechos, porque, salvo los derechos que no son limitables, el estado de excepción lo que te establece es que tú limitas la garantía que permite que el Ejecutivo restrinja derechos, pero no cumpliendo con las garantías formales o sustantivas que tiene ese derecho, es decir, por ejemplo: el derecho a la libre circulación es un derecho, lo que se restringe es la garantía del derecho que es que, por ley o por una causa justificada, ese derecho de libre circulación pueda ser regulados sino sólo por ley. Entonces, se dicta el decreto de estado de alarma, y cuando usted restringe la garantía de la legalidad del derecho a libertad de tránsito, el presidente, por decretos posteriores de rango reglamentario, va a limitar su derecho a la libertad de circulación.

Fíjense que es la concepción clásica además del derecho venezolano, sobre qué es un estado de excepción. Cuando se decretó el estado de alarma, lo que el presidente está diciendo es: yo, por decreto, es decir, actos reglamentarios, voy a restringir derechos; voy a restringir derechos que usualmente sólo debía ser mediante la ley.

Vamos a ver que aquí hay dos elementos importantes que se han puesto de manifiesto con esta pandemia (especialmente):

El primero es demostrar que, durante los estados de excepción, se han venido restringiendo derechos de forma absoluta, y, sólo para adelantarlo, es el caso del derecho a la reunión pública; el derecho a reunirse de forma pública y asamblearia ha sido restringido de forma absoluta. Ahí fíjese que este elemento, en el cual se dice que la restricción no puede llegar al núcleo esencial del derecho, durante el estado de excepción hemos visto que ha llegado una restricción; ¡por cierto! en todos los países del mundo, el artículo 53 de nuestra Constitución que establece que todos tenemos derecho a reunión pública en los términos establecidos en la ley, en este momento ha sido suspendido de forma absoluta, por causa justificada. Pero lo que quiero traer, lo primero a colación, es que ese elemento en el cual creemos que en los estados de excepción sólo se restringe la garantía que regula el derecho a veces lleva a sostener que hay ciertos derechos que van a ser suspendidos, e incluso, en forma absoluta.

Todo esto es volver a estos elementos clásicos de los estados de excepción porque, insisto mucho, el estado de excepción, su fundamento es el estado de necesidad, en el cual hay dos valores en juego y se sacrifica uno por otro, y esto es sumamente peligroso; o sea, yo no estoy diciendo que no deba tenerse, pero tenemos que tener presente que estamos en

una retoma, con esta pandemia, del poder del Estado, a tomar ciertas medidas que tradicionalmente no eran y que son de naturaleza absoluta.

Tan esto es un tema, que ha tenido una revisión en el Derecho de forma importante, que no sólo hablo de los debates de Carl Smith con Walter Benjamín, o de Carl Smith con Hans Kelsen sobre los estados de excepción en Alemania, sino que, producto de la posguerra, existen Constituciones como la italiana que no te prevé el estado de excepción, porque está claro que en los estados de excepción hay un peligro, que es que en el Estado de Derecho, el Derecho pierde aplicación aunque esté vigente, y el Estado comienza a tener un poder mayor. Y esto es lo peligroso, y es lo que tenemos que siempre ver de los estados de excepción; más allá de que hablemos de su justificación o no, es lo que quiero que tengamos presente y como deben entonces regularse.

Entonces, en nuestro tema, que es la potestad del estado para establecer cuarentenas obligatorias fuera del hogar, lo primero que hay que recordar es que el 337 de la Constitución venezolana te establece una serie de derechos que son intocables, y además, el artículo 7 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción te establece otros derechos más que no deberían ser tocados ni siquiera durante el estado de excepción, y ese artículo 7 establece como un derecho que no puede ser restringido ni siquiera durante los estados de excepción que es el derecho a la libertad personal. Fíjense que, de cara a una cuarentena obligatoria fuera del hogar, en el cual un individuo es tomado y puesto obligatoriamente en esa cuarentena forzosa, estás, obviamente, restringiendo la libertad personal de la persona, y, además, en esos términos generales que en este momento lo estoy planteando, lo estás haciendo sin ni siquiera una orden judicial. Entonces, fíjense lo gravoso de lo que estamos hablando de estas cuarentenas obligatorias en los términos que estoy hablando.

Yo creo que un aspecto importante de cara a la regulación de lo que es la potestad del Estado para ordenar cuarentena, es que yo distinguiría que hay dos valores en juego, y aquí quiero recordar una perspectiva de un profesor de la Universidad de Harvard, que es Lawrence Wright, en el cual dice que: cuando tú hablas de restricción de derechos, la manera correcta científica de plantearlo es desde las perspectivas de la persona que se le restringiría el derecho, porque es el que acudiría a un órgano jurisdiccional inicial, obviamente, a reclamar que ese derecho le fue restringido de una forma que no fue válida, y en ese caso yo creo que habría dos elementos en juego respecto a este tipo de cuarentena.

La cuarentena de quien llega al país o ingresa al país por los medios que hemos escuchado, por ejemplo, aún existen unos vuelos internacionales en la ruta Caracas-Toluca; y esas personas son sometidas a una cuarentena que, entiendo que el sitio de cuarentena es los Caracas; planteémonos el supuesto en general: en ese caso pudiéramos estar hablando

que más que una restricción al derecho a libertad, es un derecho a la libertad de tránsito establecida en el artículo 50 de la Constitución, en la medida que a usted se le establece, como requisito previo para circular por el país, el permanecer en una cuarentena antes; fíjense que allí se restringe de forma temporal al derecho a la libertad de tránsito en la medida que, hasta que usted no sea sometido a los exámenes correspondientes y a la supervisión correspondiente y al periodo en el cual epidemiológicamente se considera que usted no representa un peligro de contagio, pues usted va a circular. Fíjense que en este caso la restricción es porque usted está accediendo voluntariamente a venir al país, y se le dice, antes que usted entre el país, que usted tendrá que cumplir con unos requisitos para poder circular, que es el demostrar que usted no representa una libertad de contagio en ese caso.

Lo mismo pudiera suceder, en mi criterio, cuando usted es sospechoso de estar infectado, o está infectado, y de acuerdo al decreto de estado de alarma, se le pudiera obligar a permanecer en su hogar antes de circular, es decir, usted está libre de estar en su hogar, si bien hay una restricción obviamente a su libertad, pero más desde el punto de libertad de tránsito, permanezca en su hogar y usted no podrá circular sin cumplir ciertos requisitos. Y es cierto que, de todas maneras, toca el derecho a la libertad, pero las perspectivas fundamentales es que, al menos en esos casos, existe es un impedimento al libre tránsito en la medida que usted puede representar un riesgo de contagio.

Vamos ahora al caso extremo ¿tendría el Estado el poder o la potestad por razones de salud, por razones sanitarias, para ordenar que usted fuese tomado de su hogar, detenido y llevado, o estuviera en la calle y se sospechara su contagio y fuese llevado a un sitio especialmente designado, aislado, en contra de su voluntad, para evitar que riegue el virus? Planteémonos los dos casos: el caso en que la persona no quiere voluntariamente hacerlo, pues obviamente, si alguien no reclama este derecho, se llama a las personas que se sospecha su contagio, que vayan a este centro en el cual serán tratados y mantenidos; ese es un primer aspecto; al menos no estaría reclamando un derecho; aquí no estamos planteando el derecho de las personas que no quieren, imaginemos que la persona dice “no, yo permanezco en mi hogar, yo tengo los recursos y yo permanezco” y el Estado dice “no”; y planteemos, incluso, casos de pandemias que pudieran ser más virulentas que la que estamos pasando, ¿tendría el Estado la potestad de aislar a esas personas en zonas para evitar el contrario? es lo que me estoy planteando.

Lo primero que hay que recordar es que el derecho a no ser sometido a exámenes médicos, en la Constitución venezolana, que está en el artículo 46.3 “cualquier persona tiene derecho a no ser sometido a examen médico sin su consentimiento” pero la Constitución dice “salvo los casos

establecidos en la ley”, entonces, lo primero es que, al menos en Venezuela, no existe hoy ninguna ley para casos de pandemia, en la cual el Estado tuviera la potestad de obligar a la persona a hacerse el examen en contra de su consentimiento; al menos en la Constitución venezolana en el artículo 46.3 aparece como un derecho limitable el derecho de las personas a no someterse a exámenes.

El segundo aspecto es que el no allanamiento del hogar, que está establecido en el artículo 47.3 de la Constitución, establece sí la posibilidad de visitas sanitarias previo aviso, es decir, una persona debería permitir el acceso a su hogar si es una visita sanitaria; un dato interesante, tiene que ser una visita sanitaria, no es que se aparece un organismo de seguridad el Estado, sin ningún médico, y me dicen que son una visita sanitaria; pero las visitas sanitarias están establecidas como obligatorias e incluso con carácter administrativo, en el artículo 47 de la Constitución.

Entonces fíjense estos dos aspectos interesantes que venimos hablando. Por otra parte, en Venezuela no existe la potestad estatal para detenciones de tipo administrativa, es decir, en Venezuela es absolutamente inconstitucional que una persona sea administrativamente arrestada, el arresto administrativo no existe, ya bajo la Constitución del 61, con la vieja Ley de Vagos y Maleantes, ya se había declarado la inconstitucionalidad, y además, el artículo 44.1 de la Constitución establece que: salvo casos de flagrancia o de orden judicial, usted no puede ser detenido y confinado en un lugar.

Entonces fíjense, al menos bajo la Constitución venezolana y la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, este elemento o esta potestad estatal para establecer cuarentenas obligatorias fuera del hogar y en sitios designados por personas infectadas o sospechosas de estar infectadas, no existiría. Esto nos lleva a la pregunta y además a un detalle interesante, y es que, la única forma en que en este momento, en Venezuela, que esos sitios pudieran ser establecido en forma obligatoria es que la persona estuviese cometiendo un delito; y aquí hay que recordar que la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción ni ninguna norma en Venezuela te establece la obligación, te establece algún tipo de delito, por desacatar esas órdenes durante estado de excepción de forma especial, es decir eso de los ejes de colaboración que ya establecía o que ya señalaba el profesor Juan Domingo, que están establecidos en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, no existe, no está tipificada alguna consecuencia jurídica el no acatarlas de forma específica durante estados de excepción. Lo máximo que existe, ciertamente, es el desacato a la autoridad establecido en el Código Penal, en la cual tiene una pena que ni siquiera ameritaría la detención en un centro de reclusión por sus características y no genera un peligro de fuga.

Hoy por hoy la legislación venezolana no te establecería, ni siquiera, la posibilidad que frente a algún delito, es decir, que alguien que está infectada y le ordenen “vaya y colóquese en tal sitio de reclusión”, no te establece,, ni siquiera que ese desacato pudiera conllevar a la detención de la persona, lo cual, además, imagínense, estas detenciones de una persona sospechosa de estar infectada, si no se hacen en el lugar especialmente designado, lo que va a hacer es que va a contaminar el sitio de reclusión. Entonces, hoy por hoy, el Estado, frente a esas situaciones extremas, no tiene potestades para sistemas de cuarentena obligatoria de forma forzosa en casos de aislamiento, y este debate lo quise traer, específicamente, pues como le establecía, existe muy poca regulación para casos de pandemia, y hay que recordar algo: el estado de excepción se dicta cuando no tienes facultades ordinarias; nada impediría a la Asamblea Nacional el regular y establecer una ley que regulara pandemias de forma determinada con algunos casos específicos en el cual se regularán estos supuestos y en el cual se balanceara esta potestad estatal para estos casos extremos en esta situación.

Conclusión: lo primero es que, en la actualidad, en Venezuela, no existe una potestad estatal válida para que, de forma regular, una persona que sea sospechosa de portar el virus o que se encuentra efectivamente infectada, sea colocada en un aislamiento forzoso en un lugar determinado, así ese sitio tenga las características sanitarias necesarias, de manera forzosa, al menos esa potestad, no existe hoy en Venezuela. Sólo mediante una orden judicial y si estuviese cometiendo algún tipo de delito (bien sea el caso de la flagrancia que no necesita orden judicial previa a la detención o la orden judicial posterior); y en ese caso, observamos que no existe algún tipo de delito por desacato a este tipo de elementos. ¿Que en situaciones extremas esto debería ser acordado? es una discusión interesante que tiene que darse, y que lleva a lo más profundo del origen de los estados de excepción que es el estado de necesidad. El estado de necesidad implica de que hay ciertos valores que se vulneran o ciertos derechos que se vulneran porque se consideran que hay unos derechos superiores, yo creo que esto lo que nos llama es que tiene que haber una regulación profunda de las pandemias; ya veníamos con varios avisos en la humanidad de que esto podría suceder, finalmente sucedió y nos encontró a todos sin la legislación correcta y la preparación correcta, no solo desde el punto de vista médico sino desde el punto de vista jurídico. Los estados de excepción no han sido todavía suficientemente comprendidos; se sigue hablando de restricción de garantías y a veces se confunden con restricción de derechos, lo que se restringe en la garantía para regulación reglamentaria del derecho, y hay caso en que el derecho está siendo (como lo puse en el caso de la reunión pública) suspendido el derecho, no sólo la restricción de la garantía sino la suspensión del derecho.

Esto llama a un re pensamiento de la legislación en materia de estados de excepción, de la legislación en materia de pandemia, y yo creo que expertos como el doctor Julio Castro tienen que ser escuchados, pero se requiere una legislación especial y un debate de la sociedad muy profundo acerca de esto.

Me disculpo porque me excedí algunos minutos, pero con esto concluyo.

Moderador: Muchísimas gracias al profesor Mónaco por su exposición, muy clara, la verdad. Vamos a pasar de una vez a las preguntas.

Ronda de preguntas y respuestas

Hay dos preguntas fundamentales para el profesor Julio Castro. En primer lugar ¿en cuánto tiempo estima, el profesor Castro, que la curva de incremento aumentará en Venezuela? algo de eso ya mencionó en su exposición, pero si quiere desarrollar el punto, encantados; y luego, otra persona pregunta ¿qué sucede con las personas que son asintomáticas, es decir, si va a haber un control sanitario sobre las personas asintomáticas? Porque, según dice esta persona, en el estado Lara, recientemente, se descubrió una persona que tenía el virus, pero era asintomática; así que si el profesor Julio Castro puede exponer sobre esas dos dudas encantado.

Respuestas de Julio Castro

Ok, perfecto. En relación a las dos preguntas, la primera de ellas: Yo estimaría que el aumento del crecimiento a una fase exponencial, en la realidad, en el campo, no necesariamente lo que digan los exámenes, va a ser más o menos de tres a cuatro semanas; de ahí ¿a cuándo llegará al pico? probablemente unas cuantas semanas, pero es difícil saber cuándo va a ser la fase de estabilización. Entonces, yo diría que pasemos a otra fase donde haya, donde tenga mayor sensación social de que hay transmisión, o sea, vas a ver casos en la a sociedad comúnmente, más o menos en 3 semanas.

En relación a los asintomáticos, ese es el gran problema del mundo. No hay ninguna forma de identificar a una persona que no tenga síntomas, a menos que le hagas pesquisa al cien por ciento de la población, o sea, ¿cuál es la lógica hacerle examen a una persona que no tiene síntomas? Entonces, es muy complicado. Muy probablemente los casos que detectan asintomáticos son personas que han estado en contacto con otras personas y le hicieron la prueba porque estaba en contacto, no porque tenía síntomas, por lo tanto, no hay ninguna forma posible de hacerle pruebas a los asintomáticos y mucho menos aislarlos a menos que tengan síntomas.

Oyendo los aspectos legales de todo esto, mi sugerencia es que quizás discutamos algunas cosas más profundas porque estas dinámicas

implican, de nosotros, algunos pensamientos modernos en relación a la legislación, y les voy a poner un ejemplo en particular: el Estado de Nueva York aprobó una normativa (no sé cuál es el estatus de la normativa, no sé si es un reglamento, o una ley) en el que los niños que vayan a las escuelas y no tengan vacunas tienen que ir a *home schooling*, no pueden estar en una escuela normal porque ponen en riesgo a los otros, y aquí viene el tema, que se afecta mucho por el tema de la cuarentena, del derecho de quién estás protegiendo ¿del que no quiera vacunarse o del que sí está vacunado y el que no está vacunado genera un riesgo para el otro? hay un derecho de muchos o un derecho de pocos.

Otro aspecto que quisiera comentar es el tema de algunas definiciones.

Cuarentena es una definición para restricción de movilidad de una persona que no está enferma.

Aislamiento es una restricción de movilidad para una persona que es un paciente. Tiene una definición médica encima de ella.

Son cosas un poco diferentes, pero son definiciones epidemiológicas que hay que tener en cuenta para los aspectos normativos.

Yo quisiera comentarles que nosotros, como base de nuestro monitoreo, hemos tenido información de personal de salud médicos que han sido llevados en contra de su voluntad a unidades, fundamentalmente CDI, que no están definidos como unidades de a priori para manejo de pacientes con COVID-19. El gobierno sacó una lista donde hay 46 hospitales centinelas (que así los llamaron), y en teoría esos son los hospitales a donde van a derivar los pacientes sospechosos o con enfermedad por COVID-19, y hemos encontrado que un número importante de personas, una vez que son sospechosos o que tienen una prueba rápida positiva, son llevados en contra de su voluntad, de alguna manera coercitiva, a estos centros que no están definidos para atender a pacientes con COVID-19, y además de eso les restringen su comunicación, le quitan el teléfono.

Yo creo que esto es algo, no sé mucho de derecho, pero me parece que es algo que es un *over ruling*. Yo entiendo que una persona que está en cuarentena es porque tiene una condición infecciosa o pueda tenerla, pero de ahí a que le quite su capacidad de comunicación con el mundo exterior, no tiene una lógica, al menos epidemiológica, no sé si tiene una lógica legislativa detrás de eso, pero es algo que después me gustaría hablar con alguno de ustedes para ver cómo lo enfocamos, porque para mí, la movilización de estos pacientes sospechosos o con prueba rápida positiva a centros de mucho menos visibilidad como los CDI, tiene un solo foco que es tratar de esconder el número de casos reales que está pasando y no tiene una lógica epidemiológica, si eso tiene una lógica epidemiológica, manda esos pacientes a los sitios donde tu pre definiste que son para

entender porque ahí la gente experimentada tiene los métodos de control, tienen los métodos de barrera pertinente, y no llevarlos a unos CDI que no tienen ni la preparación técnica y para mí, podría tener una visualización de que tiene un viso restrictivo de alguna manera.

El mismo hecho de la encuesta a través del sistema patria, porque lo han nombrado en las cadenas, para mí tiene un elemento discriminatorio. Ok, si usted va a pesquisar, de alguna manera, posibles casos a través de un sistema, hágalo a través del número de cédula, o hágalo a través del CNE, o hágalo a través de un sistema que no discrimine unos venezolanos que tiene una afiliación política y otros venezolanos que no tienen afiliación política, todo esto en el marco de utilizar forma de discriminación política para tener accesibilidad o tener una puerta de acceso a los sistemas de salud a los venezolanos. Con esto termino.

Moderador: Muchísimas gracias al profesor Castro. Tenemos algunas preguntas para el profesor Miguel Mónaco. Al profesor Mónaco le piden que por favor amplíe la diferencia entre restricción de derecho y garantía constitucional que él explicó.

Respuestas de Miguel Mónaco

Hay dos elementos. El primero: salvo determinados derechos Constitucionales, la mayoría de los derechos pueden estar sujetos a restricciones por justa causa y mediante ley. Los derechos Constitucionales, en su gran mayoría, pueden tener limitaciones, en la libertad de tránsito, libertad de expresión, libertad económica, etc., en la medida que sea mediante una ley y que respeten las garantías sustantivas que el derecho exige.

Hay derechos que no pueden estar sujetos a restricción alguna, y esto tiene que ver con lo que señalaba el doctor Julio Castro, la comunicación es un derecho que no tiene restricción alguna, de hecho, el 337 de la Constitución, expresamente, establece que no debe ser restringido, ni siquiera en estado de excepción. Entonces, esa persona, que más allá de que, además, forzosamente, como ya expliqué, no debe ser colocado, y, además, agradezco al doctor Castro la distinción, que estoy aprendiendo hoy, entre cuarentena para el sospechoso de estar infectado o aislamiento para el que está infectado, estas personas no deben ser incomunicadas; el 337 de la constitución expresamente lo establece. En todo caso yo me imagino que por una medida sanitaria lo máximo que podrán decir es “vamos a asegurarnos que el teléfono que usted tiene este no va a ser un mecanismo de transmisión, no se lo pase a más nadie, vamos a limpiarlo de forma tal de que no fuera un elemento de contaminación”, pero no es restringible, y la incomunicación no debe existir bajo ningún concepto.

Entonces, ahí está la diferencia, los derechos constitucionales tienen sujeto de restricción, y las garantías es lo que protege a ese derecho. Por ejemplo, el 337 es una garantía al derecho a la no incomunicación, y es

una garantía absoluta, es decir, es una garantía inviolable. Y hay otras garantías que flexibilizan, que dicen usted puede restringir determinados derechos, como la libertad de tránsito; pero tiene que ser por ley y sin que sea de forma absoluta. Por ejemplo, en el caso de libertad de tránsito se te pide que tiene que haber una alternativa de tránsito en algún momento o la restricción tiene que ser temporal. Entonces, esa es la distinción. En nuestro Derecho, los estados excepción lo que restringe es la garantía, entonces, usted elimina la garantía de la reserva legal y por eso es que el presidente pasa a regular por reglamentos cosas que sólo podrían válidamente ser por ley, sin embargo, yo insisto que este mito hay que revisarlo o este elemento que está establecido en la Constitución hay que analizarlo porque en el caso del artículo 50, que es el derecho a la reunión pública, ha sido suspendido, no restringido completamente, y ha sido hecho universalmente, entonces a eso es en lo que me refiero que tendría que ser revisado.

Moderador: Muchas gracias, profesor Mónaco. Ahora damos la palabra al profesor Alfonso. Las preguntas para él son relativas a la notificación de actos administrativos, por ejemplo, alguien pregunta ¿si está corriendo el lapso de 45 días, por ejemplo, para intentar una demanda de nulidad ante el contencioso-administrativo, si fuera notificado esta semana de un acto administrativo? Básicamente esa es una pregunta muy técnica, y una pregunta más general es si el profesor Alfonso considera que el modo como fue dictado el estado de alarma es violatorio de las reglas que la Constitución establece en materia de estados de excepción.

Quiero aclarar que cuando me referí a la pregunta que hacía uno de los participantes sobre el lapso de 45 días, no se refería, el participante, a la demanda de nulidad, sino al recurso de reconsideración, pero sabemos bien que el criterio es el mismo también para, eventualmente, demanda la nulidad. Básicamente la pregunta está orientada a los lapsos de caducidad, profesor Alfonso.

Respuestas de Juan Domingo Alfonso Paradisi

Muy interesante el debate, muy interesante el foro. Muchas gracias por sus participaciones. En primer lugar, sí, yo entiendo y soy de la perspectiva que el Decreto de Estado de alarma tiene algunos vicios de inconstitucionalidad (como hemos señalado acá), entre otras cosas, porque realiza restricciones, como se ha dicho, sin prever en el mismo Decreto cómo será el ejercicio del derecho, cuya garantía se restringe, como lo establece el artículo 339 de la Constitución. El artículo 339, como norma novedosa en nuestra Constitución, establece que tienen que haber normas a los efectos de ver como es el ejercicio de ese derecho. Por ejemplo, si se restringe la circulación o se restringe la actividad económica, el propio Decreto debe regular o especificar una serie de medidas del alcance de la restricción a la garantía en cuanto al tránsito o a la libertad económica.

Las anomalías que tiene el Decreto (y por eso el análisis que señalé) es que se realizan restricciones sin expresar el Decreto, en muchas de las restricciones que se realizan expresamente y formalmente, cómo se va a restablecer ese derecho.

Por otra parte, hay una autorización sumamente amplia para el presidente de la República, prácticamente como el caso de una “ley habilitante”, sin haber establecido o regulado expresamente el propio Decreto las restricciones.

Por otra parte, nos preguntan, ¿es un formalismo las previsiones constitucionales en este caso? Yo diría que ahí hay un vicio de inconstitucionalidad, pero no es un vicio de inconstitucionalidad tan profundo como el primero. El primero tiene la profundidad de que, si no sabemos exactamente, en virtud de una restricción a determinadas garantías, si el Decreto no establece cuáles son las medidas para ejercer ese derecho, entonces los ciudadanos nos vamos a conseguir indefensos y puede haber, puede implicar determinadas arbitrariedades por el caso de las autoridades públicas. Fíjense, por ejemplo, el caso desafortunado en algún criterio, como ya he señalado estrictamente, en el que algún municipio restringe –sin competencia– la libre circulación porque, justamente, el Decreto de Estado de Excepción de alarma, lo que estableció es que el presidente podía restringir la circulación, pero no estableció normas ni medidas específicas para regular el ejercicio de ese derecho.

Por tanto, yo creo que sí, que ahí hay vicio de inconstitucionalidad. Sabemos la fragilidad institucional que tenemos y sabemos la dificultad en cuanto al control judicial, pero lo decía en cuanto al ejercicio de nuestros derechos constitucionales.

En virtud de la disposición final sexta, puede implicar suspensión o interrupción del procedimiento administrativo. En efecto, nosotros los contribuyentes podemos, específicamente, alegar una causa extraña no imputable, reconocida, como señalé, por el propio Decreto de Estado de Excepción de alarma. El propio Decreto de Estado de Excepción de alarma reconoce una circunstancia de fuerza mayor que puede imposibilitar el cumplimiento absoluto de determinadas obligaciones. Es claro que la demanda de nulidad ante el contencioso administrativo no puede ejercerse ya que hay una resolución del Tribunal Supremo de Justicia, de la Sala Plena, que cierra la actividad de todos los tribunales, salvo amparo constitucional y medidas urgentes en materia penal, y es claro también del propio dicho del Decreto que, en virtud de actividades suspendidas o de restricción de la circulación, esos procedimientos están o pueden estar suspendidos, y por tanto existe la posibilidad de alegar la causa extraña no imputable.

Fíjense, por ejemplo, lo que decía en materia tributaria: si yo soy un contribuyente especial yo puedo declarar electrónicamente, pero tengo que realizar el pago como empresa o como persona jurídica, incluso, como contribuyente ordinario que fue calificado como especial, y hay o existe en la actualidad una resolución de la SUDEBAN que establece el cierre de todos los bancos. Así, acontece el “hecho del príncipe”, causa extraña no imputable, un cambio en la relación jurídica normal, entonces, yo no podré cumplir mi obligación como contribuyente. ¿Cómo determinar la obligación tributaria de compañías cuando son complejas y para cuya determinación es necesaria la participación de sus abogados o sus auditores fiscales? ¿Cómo realizar procedimientos de inspección o fiscalización por parte del SENIAT? y menos aún en procedimientos de imposición de sanciones o cálculo de intereses. De tal manera que, existe la posibilidad de sostener jurídicamente que, en virtud de la restricción de la circulación, incluso dado un hecho notorio comunicacional y derivado del Decreto de Estado de alarma, y en virtud la suspensión de actividades, un ciudadano o empresa puede encontrarse imposibilitada de interponer un recurso de reconsideración, y tiene la posibilidad de alegar o sostener que existe una circunstancia de fuerza mayor que imposibilita el cumplimiento de la obligación.

Hemos entrado en temas interesantísimos, y es apropiada la sugerencia del doctor Castro y la observación del profesor Mónaco, en cuanto a la revisión de estas normativas. Yo me referí a la Ley Orgánica sobre Estado de Excepción y a la modalidad de Estado de Alarma, que un poco el doctor Castro sugiere revisar. A mí me parece interesante, revisar y acudir al derecho comparado, para mejorar las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico desde el punto de vista normativo. La Ley Orgánica de Estado Excepción, que también tiene disposiciones en cuanto al Estado alarma, publicada en el Boletín Oficial del Reino España del año 80-81, establecen varias posibilidades: el primero regula la epidemia, que, en nuestro caso, el artículo 338 constitucional, no regula estas situaciones de contaminación grave; pero también establece la posibilidad de intervención y de ocupar industrias, fábricas, talleres, con excepción de los domicilios privados. Entonces, aquí cabe lo que estaba diciendo perfectamente el profesor Mónaco, cabe la advertencia del doctor Castro, en cuanto al examen de nuestras legislaciones y la diferencia que nos señaló, y en nuestro proceso, (en este momento me estaba recordando cuando estudiaba en la universidad los casos del sida, donde hubo algunas intervenciones administrativas por parte del Ministerio de Sanidad y estoy refiriéndome a casos del año 85 en relación a algunas personas), pero si hay la posibilidad de propagación y de extensión del virus y si la persona está infectada, por supuesto tiene que haber una orden judicial, y por supuesto también tenemos que revisar nuestra legislación, como sugería el doctor Castro y

como sugería el profesor Mónaco, en cuanto a establecer normas más modernas en ese sentido.

En nuestro caso tiene que haber, por los momentos, la intervención de un juez en virtud del interés general y en virtud de la salvaguarda y protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Es un tema sumamente complejo. Traigo el caso de la excepción del domicilio privado previsto en la legislación española.

Por otra, parte es muy importante, aquí en Venezuela se ha dado y en derecho comparado, por ejemplo, como el Estado español, cuando hay una contención de derechos, cuando hay un conflicto de derechos constitucionales: ejemplo propiedad vs derecho a la salud. Por ejemplo: el derecho a la salud; fíjense el caso que sostuve en estos días de pandemia. Teníamos un amparo constitucional por supuesta violación del derecho a la salud y pues, se ejerce la acción de amparo y se admite la acción ejercida, pero luego se decreta el Estado de Excepción de alarma, y la decisión es, que no puede haber la Audiencia Constitucional durante pandemia y no puede verificarse el ejercicio del derecho a la defensa y el debido proceso del particular, por la posibilidad, por la potencialidad de la propagación del virus, y declararon el amparo *inaudita parte*, como lo establecía antes de su anulación, por la antigua Corte Suprema de Justicia, el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, disposición normativa que fue anulada precisamente por la potencialidad y la violación del derecho a la defensa y al debido proceso en casos de otorgamiento de amparos *inaudita parte*. El caso se trataba de una supuesta construcción con ocasión de la cual supuestamente se violaba el derecho a la salud, por el polvo que genera dicha construcción y el argumento en contra es el derecho de propiedad y el *ius edificandi* y la libertad de construir con cumplimiento, claro está, de las variables urbanas fundamentales y las disposiciones legales y constitucionales. Entonces, dado el Estado de alarma no se permite el ejercicio del derecho a la defensa y al debido proceso en defensa del derecho de propiedad del constructor, siendo además que dicha circunstancia de restricción está prohibida constitucionalmente, ya que el derecho al debido proceso no puede ser objeto de restricción durante los Estados de Excepción, como lo establece el artículo 7 de la Ley Orgánica sobre Estado de Excepción y el artículo 337 de la Constitución vigente.

En estos casos de contención del derecho a la salud y otros determinados derechos constitucionales, creo que hay que tener muy en cuenta el rol de la Administración, el rol del Estado en cuanto al servicio de salud, sobre todo cuando hay riesgos de propagación y cuando hay riesgo de que personas que están con buena salud en virtud de la propagación del virus, esas personas resulten también enfermas.

Sin duda es un tema muy sensible, puede haber distintas opiniones, pero creo que sí que tenemos que mejorar nuestra legislación, nuestra

normativa; el profesor Brewer, antes de ayer, dio un trabajo donde hay un viejo reglamento de enfermedades que establece la denuncia obligatoria en caso de epidemias, que creo que deberíamos revisar. Quizás no nos da todas las soluciones y habría que ver, desde el punto de vista jurídico, si está vigente o no, pero da el caso de la posible identificación de posibles epidemias que puedan existir en el país; y habría que revisar, como bien dijo el profesor Mónaco, también en la Ley Orgánica de Salud y la Ley del Ejercicio de la Medicina, a ver si tienen previsiones. En este sentido es muy útil, desde el punto de vista de la sociedad venezolana, para todos nosotros, revisar y modernizar estas normativas referidas.

Moderador:

Muchísimas gracias. Ya debemos cerrar para poder cumplir con el horario que nos habíamos impuesto. Vamos a tomar las preguntas que se han hecho por los chats y que no han sido respondidas y las vamos a enviar a los ponentes para que puedan contestar por escrito.

La verdad es que muchísimas gracias al profesor Castro, el profesor Alfonso y el profesor Mónaco, por haber aceptado participar en nuestro seminario. La verdad es que muchas gracias por su tiempo, y muchísimas gracias a Universitas, de nuevo, por todo el apoyo impecable, logístico, que nos han prestado. Sigamos, por las redes de Universitas, todas las cosas que están haciendo; cada día están teniendo tres, cuatro o cinco eventos jurídicos, cada uno mejor que el otro, así que muchísimas gracias a todos, y les iremos informando de las próximas actividades que organicemos aquí en la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Un saludo.