

# EL REDESCUBRIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO LUEGO DE LA PANDEMIA DEL COVIT-19\*

Allan R. Brewer-Carías

*Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela*

## I. ALGO SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El derecho administrativo, como bien sabemos, como derecho estatal, es la rama del derecho destinada a regular, primero, a la Administración Pública como complejo orgánico, su organización, su funcionamiento y sus recursos materiales y humanos; segundo, el ejercicio de las funciones normativa, política, jurisdiccional, administrativa y de control por parte de la Administración Pública y la actividad que resulta de ello, con sujeción siempre a la legalidad; tercero, a regular las relaciones jurídicas que con motivo de esa actividad se establecen entre las personas jurídicas estatales y los administrados, buscando siempre la debida garantía a sus derechos de los mismos; y cuarto, regular el régimen de control sobre dichas actividades, tanto en vía judicial como administrativa, y de exigencia de responsabilidad por parte de dichas personas estatales.

De todo ese universo regulatorio, en particular, por lo que se refiere a la actividad administrativa que resulta del ejercicio de las funciones estatales por parte de la Administración Pública, -que es lo que le da el contorno fundamental a nuestra disciplina-, el derecho administrativo se materializa en el régimen jurídico relativo a las diversas formas en que la Administración Pública se manifiesta en relación con los administrados; abarcando en general:.. *primero*, el régimen de las regulaciones que inciden en la actividad de los administrados, es decir, tanto de la ordenación de las actividades particulares consideradas como de interés o utilidad general, como de la policía administrativa; *segundo*, el régimen de las regulaciones que inciden en las prestaciones debidas por la Administración Pública a los administrados, es decir, de los servicios públicos;

---

\* Texto preparado para la Conferencia dictada en las *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho administrativo*, Asociación venezolana de Derecho Administrativo AVEDA, 8 de octubre de 2020.

*tercero*, el régimen de las regulaciones relativas a las acciones de promoción y protección por parte de la Administración respecto de las actividades de los administrados, es decir, de la actividad de fomento; y *cuarto*, el régimen de las regulaciones relativas a las acciones de la Administración en el campo de la gestión económica, es decir, de las actividades empresariales del Estado.

En todo caso, siendo el derecho administrativo, con ese objeto, un derecho que regula al Estado, el mismo se presenta necesariamente como un derecho dinámico, estando en constante evolución como consecuencia directa de los cambios que se operan en el ámbito social y político de cada sociedad, por lo que además de ser un derecho del Estado, regulador tanto de sus fines y cometidos, como de los poderes y prerrogativas que tiene que tener para poder hacer prevalecer los intereses generales y colectivos frente a los intereses individuales, es también un derecho regulador del ejercicio de los derechos y garantías de los administrados.

## **II. SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO REGULADOR DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

El derecho administrativo, en efecto, en su faceta regulatoria, que es la más clásica y tradicional, se caracteriza por tener por objeto regular, por una parte, a la acción de la Administración como gestora del interés público, para asegurar que el Estado esté al servicio de los ciudadanos; y por la otra, a las actividades de los administrados para asegurar que la misma no perturbe la convivencia social, lo que en muchos casos implica la limitación del ejercicio de derechos y libertades por los ciudadanos para asegurar que el mismo no signifique, conforme lo dispone el artículo 20 de la Constitución, la violación de los derechos de los demás, o el orden público y social.

En tal perspectiva, el derecho administrativo siempre ha tenido por esencia, al regular todos los campos de la actuación de la Administración, el ser el marco del establecimiento de un régimen legal limitativo de los derechos de las personas, con exclusión por supuesto, de aquellos derechos considerados como de carácter absoluto, que no son limitables en forma alguna, como pueden ser por ejemplo, el derecho a la vida, el derecho al debido proceso, el derecho a la tutela judicial efectiva, la integridad personal y los demás derechos intangibles.

Todos los demás derechos y libertades, en cambio, siempre encuentran un régimen legal administrativo que se dicta tanto para asegurar y facilitar su ejercicio, como para restringirlo y limitarlo a los efectos de asegurar que su ejercicio no afecte el derecho de los demás o el orden público y social.

Y eso es lo que explica el grueso del régimen legislativo de orden administrativo que incide siempre en el ejercicio de los derechos individuales

como es el que, por ejemplo, siempre se encuentra en las leyes de tránsito y circulación, terrestre, aéreo o marítimo, que regulan el ejercicio de la libertad de tránsito; en las leyes reguladoras de las sociedades civiles, mercantiles y políticas, que limitan el derecho de asociación; en las leyes reguladoras de la prensa, radio y televisión, que restringen el ejercicio de la libertad de expresión; de las leyes reguladoras del ejercicio de los cultos, que inciden sobre la libertad religiosa. Igualmente, un régimen jurídico administrativo de orden legislativo se ha desarrollado, siempre, por ejemplo, respecto del ejercicio de los derechos sociales, como el derecho de los menores, el derecho a la vivienda, el derecho a la salud, el derecho al trabajo y el derecho a la educación, donde se encuentran limitaciones y restricciones. De igual manera, está el régimen jurídico administrativo de orden legislativo relativo al derecho a ejercer actividades económicas, al derecho de propiedad, y al derecho al ambiente, que limita y restringe su ejercicio para hacerlos compatibles con el desarrollo económico social.

En todos esos casos, el régimen jurídico administrativo es básicamente un régimen regulador y limitativo del ejercicio de todos esos derechos y libertades de manera de asegurar, como se dijo, que el ejercicio de los mismos no signifique violación de los derechos de los demás o del orden público y social; incluso en situaciones o circunstancias excepcionales o de riesgo derivadas de desastres o emergencias, como las que tradicionalmente se han producido, por ejemplo, en materia sanitaria, para la protección de la salud, y más recientemente, por ejemplo, en las regulaciones relativas a la organización de la Administración para la atención de riesgos generales.

Ese derecho administrativo, como derecho regulador, por otra parte, siempre debe ser configurado de manera de asegurar establecer el necesario equilibrio que debe existir entre los intereses públicos, colectivos o generales que debe proteger y garantizar, y los intereses individuales y privados que también debe proteger y garantizar, lo cual sólo se puede lograr cabalmente en un Estado de derecho en el cual funcione un régimen democrático. Es decir, en un sistema político y de gobierno en el cual la supremacía constitucional esté asegurada, la separación y distribución del Poder sea el principio medular de la organización del Estado, el ejercicio del Poder Público esté efectivamente controlado, y los derechos de los ciudadanos estén garantizados por un Poder Judicial independiente y autónomo. Sin democracia y sin dicho control, el derecho administrativo no pasaría de ser un derecho del Poder Ejecutivo o de la Administración Pública, el cual incluso podría estar montado sobre un desequilibrio o desbalance, donde las prerrogativas y poderes de la Administración podrían incluso predominar en el contenido de su regulación.

### **III. SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO REGULADOR**

#### ***1. El principio de legalidad como fundamento del derecho administrativo regulador***

En el marco de la actividad administrativa que debe realizarse conforme al principio de legalidad, el régimen de derecho administrativo impone que su ejercicio, por los órganos competentes, se haga ciñéndose a lo establecido en la Constitución y en las leyes y, en particular, conforme al procedimiento legalmente establecido. Por ello, las actuaciones realizadas por órganos incompetentes, sin observancia del procedimiento legalmente prescrito o que usurpen la reserva legal, constituyen vías de hecho y vician los actos administrativos así dictados de nulidad. En particular, respecto de los reglamentos, los mismos no pueden regular materias reservadas a la ley, como es el caso de la tipificación de delitos, faltas o infracciones administrativas, el establecimiento de penas o sanciones, así como tributos y contribuciones.

En esta forma, uno de los principales signos formales del afianzamiento del principio de la legalidad en el derecho administrativo contemporáneo, ha sido el sometimiento de la actuación de la Administración Pública a normas procedimentales que aseguren a los administrados un trato justo, basado en la buena fe y en la confianza legítima, mediante la previsión de un procedimiento formalmente regulado, en el cual se garantice el derecho a la defensa y, en general, el debido procedimiento administrativo. La consecuencia de ello es que una de las características del derecho administrativo contemporáneo sea la conocida tendencia a codificar el procedimiento administrativo mediante la sanción de leyes específicas que los regulen, incluyendo la simplificación de trámites administrativos, para racionalizar las tramitaciones que los particulares llevan a cabo ante la Administración Pública y a garantizar la participación ciudadana en la formación de los actos administrativos.

Ese derecho administrativo que nosotros conocemos y que hemos trabajado, ha sido el resultado de su consolidación en el mundo moderno, siguiendo tres tendencias paralelas: la primera, la relativa a la relación entre la Administración Pública y los particulares basada en el carácter servicial de la misma, es decir, como lo indica la Constitución, “la Administración está al servicio de los ciudadanos, y por ello, se rige por los principios fundamentales de “honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad” (art 141); la segunda, la relativa al sometimiento de la actividad administrativa al principio de legalidad, lo que implica que todas las

actuaciones de la Administración Pública deben realizarse, como dice la Constitución, “con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 114); y la tercera, la relativa al carácter absoluto de dicho principio de legalidad, en el sentido de que no hay áreas inmunes al mismo, particularmente en lo que se refiere a la universalidad de control judicial de los actos de la Administración, lo que implica que ya no hay actos excluidos del mismo, como ocurría con los viejos “actos de gobierno;” con el ejercicio de poderes discrecionales que la ley pueda otorgar a la Administración para gestionar el interés general, siempre estará sometido a límites; y con las situaciones excepcionales que se puedan presentar en una sociedad y que la Administración está llamada a enfrentar, siempre, en el marco de la legalidad.

## ***2. La reducción de las inmunidades del poder y las situaciones excepcionales***

Lo último señalado se corresponde con lo que Eduardo García de Enterría calificó, al puntualizar el alcance del principio de legalidad en el derecho administrativo en los países democráticos, como el resultado de la lucha contra las inmunidades de poder, que identificó en esos tres elementos.

En *primer lugar*, en el proceso de reducción progresiva de actos estatales que pudieran estar excluidos del control judicial, lo que condujo a la reducción o más bien al abandono de la teoría de los actos de gobierno al aclararse que los mismos, en realidad, no son actos administrativos que estén excluidos de control, es decir, no son actos de las autoridades administrativas de rango sublegal, sino que son actos estatales dictados por órganos ejecutivos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, razón por la cual a ella es que deben estar sometidos, lo que implica su sometimiento a control de constitucionalidad por la Jurisdicción constitucional, y obviamente no de legalidad por parte de la Jurisdicción contencioso administrativa.

La consecuencia de ello es que conforme a los postulados del Estado de Derecho y con base en el principio de la legalidad, todos los actos estatales están sometidos al derecho y todos son controlables judicialmente por razones de constitucionalidad o de legalidad; y ningún acto estatal debe escapar al control del Poder Judicial.

Siendo los actos administrativos siempre de carácter sublegal, los mismos están sometidos al control judicial por parte de los tribunales con competencia contencioso administrativa, que en la mayoría de los países del mundo contemporáneo se conforma por tribunales especializados, aun cuando no necesariamente separados del Poder Judicial como sucede con el originario modelo francés. A los mismos, por otra parte, no sólo tienen acceso los

administrados cuyos intereses personales, directos y legítimos hayan sido lesionados por la actividad administrativa, como es la situación general de la legitimación en estos procesos, sino que también progresivamente la legitimación se ha extendido a la protección de intereses difusos, es decir, los concernientes a la calidad de vida de la población como los originados por daños al ambiente o a los consumidores; y de los intereses colectivos, referidos, por ejemplo, a un sector poblacional determinado e identificable.

Estos tribunales contencioso administrativos, por otra parte, en el mundo contemporáneo, no sólo ejercen una competencia de control objetivo de la actuación de la Administración tendiente a la anulación de los actos administrativos ilegales, sino una competencia de orden subjetiva, para también poder condenar a la Administración al pago de sumas de dinero, y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad administrativa, y para disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas que pudiesen haber sido lesionadas por la actividad administrativa. Ello implica que los jueces contencioso administrativos son los llamados no sólo a anular actos administrativos, sino a conocer y decidir con plenitud y dentro de los límites de su competencia, todas las demandas que se puedan intentar contra los entes públicos basadas en pretensiones subjetivas. Además, el ámbito del control que ejercen los jueces contencioso administrativos se ha extendido también a las abstenciones o negativas de los funcionarios a dictar específicos y concretos actos administrativos a que estén obligados por las leyes. Se trata de lo que en muchos países se conoce como el control contencioso administrativo contra la carencia o las omisiones administrativas.

En *segundo lugar*, también está el proceso de sometimiento del poder discrecional al control judicial, mediante la depuración progresiva del mismo, *primero*, al excluirse del concepto elementos que lo distorsionaban pues al quedar asegurado el sometimiento a control jurisdiccional de las actuaciones de la Administración en ejecución de poderes expresados en forma de conceptos jurídicos indeterminados, lo que dio origen a la llamada discrecionalidad técnica sometida en pleno a la legalidad; *segundo*, al desarrollarse las posibilidades de control sobre la calificación y apreciación de los hechos en la actuación de la Administración, lo que nada tiene de discrecional; y *tercero*, al admitirse, finalmente, en relación con lo que sí es estrictamente actuación discrecional, el control sobre la razonabilidad, racionalidad, lógica y proporcionalidad de la actuación.

Sobre el poder discrecional, recordemos que si bien, siempre, en la actuación administrativa la competencia de las autoridades administrativas siempre tiene que estar prevista en texto legal expreso, en el cual se autorice la actuación del

funcionario, la misma, en algunos casos está prevista con precisos límites en la ley, mientras que en otros, la ley le otorga al funcionario cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, apreciando la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse. En este último caso es donde se está en presencia del ejercicio de poderes discrecionales, que existen, precisamente cuando la ley permite a la Administración apreciar la oportunidad o conveniencia para la emisión del acto administrativo de acuerdo a los intereses públicos envueltos, teniendo el poder de elegir entre diversas alternativas igualmente justas. Ha sido precisamente en este campo de la discrecionalidad donde se ha planteado el mencionado proceso de su limitación para evitar la arbitrariedad administrativa, y someter a control judicial la totalidad de las actividades administrativas, precisando las áreas de actuación que no constituyen discrecionalidad como el caso de la aplicación de los antes mencionados conceptos jurídicos indeterminados. En consecuencia, mientras las competencias discrecionales dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio una entre varias soluciones justas, cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado no sucede lo mismo, pues en su aplicación sólo se admite una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquélla que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma que autoriza la actuación.

Pero como se dijo, incluso depurada en esta forma la actividad discrecional, la libertad dada al funcionario para desarrollarla también está sometida a límites y controles en aplicación de principios generales del derecho como los de razonabilidad y racionalidad; de lógica, justicia y equidad; y de proporcionalidad, todo lo cual se ha venido incorporando progresivamente como texto expreso en leyes de procedimiento administrativo.

Y en *tercer lugar*, está la reducción progresiva de la vieja teoría de las circunstancias excepcionales que en antaño daban origen a áreas de actuación de la Administración que escapaban a la legalidad por falta de regulación de la misma, y que a los efectos de hacer prevalecer el principio de la legalidad en el mundo democrático, provocaron el desarrollo del derecho administrativo regulador, incluso mediante la sanción de legislaciones reguladoras de la emergencia, para asegurar que a pesar de los requerimientos de las mismas, quedase claro que la actuación de las autoridades debe someterse siempre al derecho; de manera que solo para el caso de que los instrumentos existentes no sean suficientes para poder atender las exigencias de gestión pública que plantean determinadas situaciones de emergencia, se pueda apelar a la ayuda del derecho constitucional.

Es precisamente por ello, por ejemplo, que la Constitución prevé en su artículo 344, con el cual se inicia el Capítulo II del Título de “la protección de la Constitución,” lo que se califica expresamente como “estados de excepción,” que son los que pueden decretarse en caso de circunstancias excepcionales, que son aquellas;

“de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, *a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.*”

Es decir, lo que origina que ante circunstancias excepcionales el Jefe del Ejecutivo Nacional pueda apelar al auxilio del derecho constitucional y declarar un “estado de excepción”, es precisamente que el derecho administrativo regulador no sea suficiente de manera de permitirle a la Administración hacerle frente a tales hechos.

Esas diferentes formas de estados de excepción se regularon en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción de 2001,<sup>1</sup> según las circunstancias excepcionales que se presenten, estableciéndose además, previsiones sobre “el ejercicio de los derechos que sean restringidos con la finalidad de restablecer la normalidad en el menor tiempo posible” (art. 1, LO).

### ***3. De las circunstancias excepcionales e insuficiencia de los medios del derecho administrativo regulador***

Para precisar sobre las circunstancias excepcionales que puedan justificar la declaratoria de tales estados de excepción, la Ley especial ratificó el criterio fijado en la Constitución, de que debe tratarse de “situaciones objetivas de suma gravedad *que hagan insuficientes los medios ordinarios que dispone el Estado para afrontarlos*” (art. 2, LO), por lo que deben dictarse solo en caso de “estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad” (art. 6, LO); debiendo preverse la posibilidad de adoptar “medidas de excepción” que en todo caso siempre “deben ser proporcionales a la situación que se quiere afrontar en lo que respecta a gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación” (art. 4, LO); y que también, en todo caso, deben “tener una duración limitada a las exigencias de la situación que se quiere afrontar, sin que tal medida pierda su carácter excepcional o de no permanencia” (art. 5, LO).

Esas medidas que se adoptan para enfrentar los efectos de circunstancias excepcionales, por otra parte, en ningún caso interrumpen el funcionamiento de los órganos del Poder Público (art. 339 C.) ni las competencias constitucionales

---

<sup>1</sup> Véase en *Gaceta Oficial* N° 37.261 de 15-08-2001.

como lo confirma la Ley Orgánica (art. 3, LO); lo cual implica que en ningún caso un estado de excepción puede modificar el principio de la responsabilidad del Presidente de la República, ni la del Vicepresidente Ejecutivo, ni la de los Ministros, de conformidad con la Constitución y la ley (art. 232 C.). Además, los decretos relativos a los estados de excepción siempre están sujetos al control judicial de constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 336.6), y al control político por parte de la Asamblea Nacional, la cual puede aprobar o improbar el decreto y su prórroga, de haberla (art. 338). Los decretos, además, pueden ser revocados no sólo por el Ejecutivo Nacional sino por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, al cesar las causas que lo motivaron.

De acuerdo con la Constitución, además, las circunstancias excepcionales que pueden decretarse cuando *los medios ordinarios de los cuales dispone el Estado para afrontarlos sean insuficientes*, conforme con el artículo 388 de la Constitución son: el estado de alarma, el estado de emergencia económica, el estado de conmoción interior y el estado de conmoción exterior; reguladas en los arts. 8 a 14 de la Ley Orgánica.

Dejando aparte los dos últimos, referidos a circunstancias excepcionales producidas por conmoción interior o exterior, que apuntan a situaciones de guerra, los dos primeros tocan más directamente el derecho administrativo regulador. El *estado de alarma*, en efecto, regulado en el artículo 338 de la Constitución y el artículo 8 de la Ley Orgánica, se prevé que puede decretarse cuando en circunstancias excepcionales producidas por “catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos” los *medios ordinarios de los cuales dispone el Estado para afrontarlos sean insuficientes*. Y en cuanto al *estado de emergencia económica* regulado en la misma norma del artículo 338 de la Constitución y el artículo 10 de la ley Orgánica, puede decretarse cuando en “circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación” también resulten *insuficientes los medios ordinarios de los cuales dispone el Estado para afrontarlos*.

Todo lo anterior implica, en todo caso, que siendo las circunstancias excepcionales manifestaciones propias de la vida en sociedad, el derecho administrativo, precisamente para asegurar el sometimiento de la Administración al derecho y a la ley, no dejó de tener presencia en la atención de las mismas, habiéndose desarrollado progresivamente regulaciones para que la Administración pudiera contar con los instrumentos necesarios para atenderlas, adoptando las medidas apropiadas a cada una de ellas.

Es decir, puede decirse que las circunstancias excepcionales y las situaciones de riesgo, desastre, de calamidad pública o de emergencia, no son extraños al derecho administrativo, y en sus regulaciones la Administración debería encontrar los instrumentos necesarios para, preservando la legalidad, atender adecuadamente las consecuencias de su acaecimiento, tanto en el caso de que sean causadas por hechos naturales, como terremotos, erupciones volcánicas, sequías, inundaciones, deslizamientos; por actividades humanas como incendios o accidentes de transporte; o por la propia condición del género humano como son el desarrollo de enfermedades graves extendidas como epidemias o pandemias; y en todas esas situaciones, con las consecuentes pérdidas de vidas humanas y daños materiales, destrucción de recursos naturales, e interrupción de los procesos los socioeconómicos.

Puede incluso decirse que, en los tiempos contemporáneos, los desastres, calamidades públicas y pandemias, es decir, las situaciones de emergencia y la necesidad de la atención de riesgos para la sociedad por parte por las administraciones públicas, han dado origen incluso a un régimen jurídico administrativo específico, con el objeto –precisamente- de atender la administración de la atención de desastres y demás situaciones de emergencia.

Ese, en todo caso, ha sido un campo propio del derecho administrativo regulador, que es el que precisamente *necesita ser redescubierto con ocasión de la Pandemia del Covid-19*, sobre todo para poder constatar si los medios reguladores ordinarios existentes y de los cuales disponía el Estado, eran o no efectivamente suficientes para enfrentar sus efectos, y con ello determinar si realmente el Ejecutivo Nacional requería acudir al auxilio del derecho constitucional y decretar el estado de alarma, tal como procedió a hacerlo mediante el Decreto No. 4.160 de 13 de marzo de 2020 que fue objeto de prórroga en múltiples ocasiones.<sup>2</sup>

En particular, me referiré a las regulaciones específicas del derecho administrativo sobre la atención de enfermedades graves y la atención de los riesgos derivadas de las mismas establecidas tanto antes del decreto de estado de alarma como en su texto, lo permitirá a los estudiosos del derecho administrativo, poder continuar la tarea de redescubrimiento de nuestra disciplina reguladora, y determinar las medidas que podían haberse adoptado con base en las regulaciones existentes, confrontándolas con las previstas en el referido decreto de estado de alarma.

Esa confrontación y deducción no la podemos hacer en esta introducción al tema, siendo tarea futura de los administrativistas del país, y con ello determinar

---

<sup>2</sup> *Gaceta Oficial* No. 6519 Extra de 13 de marzo de 2020.

las necesidades de reforma legislativa, reglamentaria y organizativa, que los nuevos tiempos imponen.

#### **IV. SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA ATENCIÓN DE LA SALUD Y LA ATENCIÓN DE RIESGOS SANITARIOS: UN EJEMPLO CLÁSICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO REGULADOR RELATIVO A LA ATENCIÓN DE LAS ENFERMEDADES DE DENUNCIA OBLIGATORIA**

En todos los países contemporáneos, particularmente después de las grandes epidemias y pandemias que se sucedieron hasta las primeras décadas del siglo pasado, la legislación administrativa en materia de protección de la salud reguló ampliamente poderes de las administraciones públicas para atender situaciones de riesgo en ese campo y así asegurar la salubridad pública, proteger la salud de los ciudadanos y [procurar por la recuperación de la salud de los afectados.

En Venezuela son de destacar en esa materia las regulaciones que se establecieron en los años treinta y cuarenta del siglo pasado conforme a la regulación expresa que se estableció en la Ley de Sanidad Nacional de 15 de julio de 1938, en la cual se facultó expresamente al Ejecutivo nacional:

“cuando hubiere amenaza de invasión de una enfermedad contagiosa o que por su naturaleza sea peligrosa para la comunidad, o reinare en el país alguna de estas enfermedades [...] para *ejecutar y hacer ejecutar las medidas que juzgare necesarias para prevenirla o combatirla en resguardo de la salud pública* (art. 13).

En el campo del derecho administrativo la respuesta a esta amplia delegación normativa que el legislador, como regulador de la política de protección a la salud, hizo al Ejecutivo Nacional, fue la emisión del *Reglamento de Enfermedades de Denuncia Obligatoria* adoptado el 11 de agosto de 1939, con el objeto de evitar la propagación de las mismas. En dicho Reglamento se enumeraron las enfermedades que en la época eran de importancia, muchas de las cuales actualmente ya han desaparecido o han sido controladas, mientras que otras tantas continúan vigentes.

¿Y qué regulaba dicho Reglamento?

Tal como lo explicaba a mis alumnos del *Curso de Derecho Administrativo II* (precisamente referido al derecho administrativo regulador) en la Universidad Central de Venezuela, hace ya casi 60 años,<sup>3</sup> dicho Reglamento estableció el siguiente régimen:

---

<sup>3</sup> Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Derecho Administrativo. Escritos de Juventud (1959-*

### ***1. Ámbito de regulación: identificación de enfermedades graves con riesgo de contagio***

Para restablecer la salud en caso de pérdida de la misma, en el Reglamento se estableció la necesidad del Estado de localizar las personas afectadas de ciertas enfermedades graves, que fueron calificadas como de notificación o denuncia obligatoria; enumerándose las siguientes:

*Grupo A:* Cólera asiático; Coqueluche (Tos ferina); Difteria y anginas de cualquier clase; Diarreas y disenterías especificando la causa, si fuere posible; Encefalitis de cualquier clase; Escarlatina; Fiebre amarilla; Fiebres tifoidea y paratifoidea; Fiebre de cualquier clase, cuya duración exceda de cuatro días; Intoxicaciones alimenticias; Lepra; Meningitis en general; Oftalmía neonatorum; Peste; Pneumonías, bronco-neumonías y congestiones; Poliomiелitis; Rabia; Rubeola; Sarampión; Septicemia puerperal, Tétanos, infantil, u otro; Tracoma; Tifus exantemático; Varicela; Viruela en cualquiera de sus formas (alastrim).

*Grupo B:* Actinomicosis; Anquilostomiasis; Ascaridiosis; Beriberi; Brucelosis; Buba; Carbunco; Dengue; Erisipela; Espiroquetosis ictero-hemorrágica; Esquitosomiasis; Favo; Fiebre recurrente; Filariosis; Influenza; Leishmaniosis; Mordeduras de serpientes, especificando, si fuere posible, el género ofídico; Muermo y farcino; Parotiditis; Paludismo, especificando la forma, si fuere posible; Pelagra; Psitacosis; Sarna; Sodoku; Triquinosis; Tuberculosis en cualquiera de sus formas, especificando el órgano o la parte afectada; Tularemia (art. 1).

De acuerdo con el Reglamento, el Ministerio con competencia en materia de salud (entonces, el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social) está habilitado para aumentar o reclasificar la lista (art. 2)

### ***2. La obligación de informar: comunicación y denuncia***

Interesa a las autoridades sanitarias conocer la incidencia de dichas enfermedades en la población del país, razón por la cual el Reglamento establece que los médicos, en principio, y, a falta de ellos, el padre de familia, el pariente más cercano o cualquier persona que tenga conocimiento de que alguna persona padece una enfermedad del Grupo A, está obligado a comunicarlo dentro de las 24 horas y por la vía más rápida a la autoridad sanitaria más cercana. En el caso de enfermedades del Grupo B, las personas

---

1964), Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014.

están obligadas a formular la denuncia de la enfermedad en un término de 5 días (art. 3).

Por otra parte, el Reglamento impone igualmente a las farmacias o cualquier establecimiento de expendio de medicinas la obligación de denunciar a la autoridad sanitaria sobre la venta de productos destinados a prevenir o tratar enfermedades de denuncia obligatoria. Para estos fines, el Reglamento autoriza a la autoridad sanitaria a realizar las inspecciones necesarias y llevar un registro sobre las informaciones relativas a la materia (art. 4).

De este modo, cuando las denuncias repetidas hagan del conocimiento de la autoridad sanitaria la amenaza de que una enfermedad grave pueda propagarse en forma de epidemia a una porción o a la totalidad de la población nacional, ésta puede adoptar, de manera oportuna, las medidas que fueren necesarias, que se analizan a continuación.

### ***3. Sobre las medidas restrictivas de la libertad personal***

En primer lugar, el régimen jurídico-administrativo del restablecimiento de la salud perdida regulado en el Reglamento, en efecto, establece la posibilidad para la autoridad sanitaria de la adopción de una serie de *medidas restrictivas de la libertad personal*, que tenían entonces su fundamento en el artículo 76 de la Constitución (1961) que establecía que todos están obligados a someterse a las medidas sanitarias que establezca la Ley, dentro de los límites impuestos por el respeto a la persona humana.

Entre estas medidas restrictivas de la libertad personal se encuentran la siguientes:

#### ***A. La reclusión obligatoria de enfermos***

Puede suceder que una enfermedad quede, en cuanto se refiere a su tratamiento, al libre juicio de quien la padece. Pero hay otras como son algunas de las calificadas como de denuncia obligatoria, respecto de las cuales, por razón de su gravedad, quien las padece se convierte en elemento considerado de peligro para la colectividad, autorizando el Reglamento a la autoridad sanitaria para poder ordenar y proceder a su reclusión obligatoria en establecimientos de salud. A tal efecto, el Reglamento identifica en su Artículo 7, entre las enfermedades enunciadas, son declaradas como de *reclusión obligatoria*, por el tiempo y en las condiciones que determinen las autoridades sanitarias respectivas, las siguientes: cólera asiático, fiebre amarilla, lepra, Meningitis-cerebro-espinal epidémica, peste, poliomiélitis, tifus, viruela, y tifus exantemático.

También es obligatoria la reclusión para los que padecen de enfermedades venéreas, cuando las personas afectadas se nieguen a tratarse (art. 9).

### ***B. El aislamiento obligatorio***

El Reglamento, respecto de las otras enfermedades que no conllevan la medida de reclusión obligatoria, reguló el aislamiento como medida restrictiva de la libertad personal; medida que, a diferencia de la reclusión, se debe ejecutar en el domicilio del enfermo, por el tiempo y condiciones que determine la autoridad sanitaria, siempre que éste reúna condiciones higiénicas, y no sea un sitio de vivienda colectiva, como hotel, colegio, o establecimientos similares. El aislamiento se permite respecto de las otras enfermedades que no revisten la gravedad de las especificadas en el Artículo 7 ya referido.

### ***C. Los exámenes obligatorios***

El Reglamento prevé igualmente la potestad de la autoridad sanitaria de examinar y someter a períodos de observación o cuarentena, así como a otras restricciones y medidas que señale la autoridad sanitaria, a las personas que hayan estado en contacto directo o indirecto con casos de enfermedades de denuncia obligatoria, o cuando se sospeche o sepa que son portadores de gérmenes o parásitos causantes o transmisores de enfermedades (art. 9).

### ***D. La cuarentena***

Específicamente respecto de la cuarentena, tal como se regula en el Reglamento, a diferencia de la reclusión o aislamiento, consiste en la prohibición de salida de un determinado lugar, impuesta a las personas que hayan estado en contacto con otras afectadas de enfermedades de denuncia obligatoria, o que se sospeche pueden ser portadoras de los agentes causantes de la enfermedad. A tal efecto, por ejemplo, el Reglamento de Sanidad Marítima estableció esta medida respecto de las personas que se encuentran a bordo de un buque donde haya una persona que padezca de alguna de las enfermedades de denuncia obligatoria.

### ***E. La identificación de viviendas de riesgo***

El Reglamento autoriza a las autoridades sanitarias a hacer marcar con carteles o banderas visibles desde lejos, las casas donde existan o hayan existido casos de enfermedades de denuncia obligatoria y colocar guardias con el fin de hacer cumplir las medidas que se hayan adoptado (art. 10).

### ***F. La inmunización obligatoria***

El Reglamento previó además expresamente que en los sitios donde se produzca una epidemia o se manifieste una enfermedad de notificación obligatoria, el Ministro de Sanidad y Asistencia Social pueda declarar obligatoria la inmunización activa o pasiva contra la enfermedad en cuestión (art. 18). Ello, en el marco de la Ley de Vacuna.

### ***G. La garantía de la privacidad***

En salvaguarda de la garantía del derecho a la privacidad, el artículo 20 del Reglamento estableció que los datos que obtengan los funcionarios de Sanidad sobre enfermedades de denuncia obligatoria, son por su naturaleza privados, quedando sujetos los funcionarios que los revelen a sanciones pecuniarias previstas en el reglamento o a la “destitución del cargo”.

#### ***4. Medidas restrictivas de la libertad de transitar y cordones sanitarios***

El artículo 11 del Reglamento, prohíbe a las personas que padezcan enfermedades de denuncia obligatoria, transitar a pie o en vehículo por la vía pública o cambiar de residencia sin permiso escrito de la autoridad sanitaria, la cual ha de fijar las condiciones de traslado.

Igualmente la norma autoriza al Ministro con competencia en materia de salud (entonces Ministro de Sanidad y Asistencia Social) para establecer cordones sanitarios en poblaciones o regiones determinadas, con el fin de impedir la propagación de enfermedades transmisibles.

#### ***5. Medidas restrictivas de la libertad de reunión, del derecho a la educación y del derecho al trabajo para evitar la contaminación. Clausura de establecimientos.***

El artículo 12 del Reglamento prohíbe a los que sufren o hayan sufrido enfermedades de notificación obligatoria, o que provengan de lugares donde existan o hayan existido enfermos de esta clase, asistir a escuelas, colegios u otros institutos de enseñanza, fábricas, talleres, teatros u otros lugares donde vivan, pernocten o se reúnan varias personas, cuando por su presencia en estos sitios se tema el peligro de propagar la enfermedad.

Los maestros, jefes, directores, gerentes o encargados de los establecimientos en cuestión deben dar parte inmediatamente a la autoridad sanitaria, al observar cualquier escolar, empleado, obrero u otra persona, en tales condiciones.

#### ***6. La vigilancia y la clausura de locales infectados***

De acuerdo con lo previsto en el artículo 14 del Reglamento, las autoridades sanitarias podrán ordenar la desinfección o limpieza de los lugares públicos o privados donde exista o hubiere existido un caso de enfermedad transmisible; y además, quedan autorizadas para ordenar la clausura total o parcial de cualquier casa o establecimiento público o privado; para evitar la propagación de dichas enfermedades.

### ***7. Visitas sanitarias restrictivas a la inviolabilidad del domicilio.***

El Artículo 16 del Reglamento, en el marco de la previsión del artículo 62 de la Constitución (1961), estableció la posibilidad para las autoridades sanitarias de poder realizar visitas sanitarias a cualquier hora del día o de la noche los enfermos o sospechosos de sufrir enfermedades de denuncia obligatoria.

### ***8. Medidas restrictivas a la propiedad privada.***

Por otra parte, con el fin de evitar la propagación de las enfermedades, el Artículo 16 del Reglamento establece restricciones respecto de los objetos propiedad de las personas que sufran o hayan sufrido de enfermedades de denuncia obligatoria, disponiendo una prohibición de que se pueda hacer con los mismos ningún negocio, o transacción sin el correspondiente permiso de la autoridad sanitaria.

Además, el artículo 15 del Reglamento dispone entre las medidas de restrictivas de la propiedad privada, la desinfección obligatoria, durante el curso de la enfermedad transmisible, de las ropas, utensilios y demás objetos expuestos a contaminación, y que puedan ser medios de propagación de la enfermedad.

En forma más general la Ley de Sanidad Nacional, además, estableció otras medidas restrictivas de la propiedad inmueble para los casos en los cuales “los propietarios no observaren en su propiedad las disposiciones de la higiene pública a que están obligados, en conformidad con el ordinal 2° del artículo 32 de la Constitución Nacional (1936), y como consecuencia ello fuere preciso extinguir una enfermedad peligrosa, combatir una epidemia o evitar una amenaza inminente para la salud pública,” en cuyo caso “el Ejecutivo Federal podrá ordenar la ocupación temporal de la propiedad y aun su destrucción, indemnizándose al propietario en la forma que lo determine la Ley” (art. 17).

Paralelamente, en todos aquellos casos en los cuales se realice una visita sanitaria, la ocupación temporal, la reparación o la destrucción de la propiedad por causa de salubridad pública, la ley exige, sin embargo, que la medida sea ejecutada “de conformidad con las Leyes y Reglamentos, levantándose un Acta

por duplicado de todas las actuaciones, en la cual podrá el propietario reservarse los derechos que a su juicio le correspondan” (art. 18).

### ***9. Medidas restrictivas de servicios funerarios***

Conforme al artículo 17 del Reglamento, las autoridades sanitarias pueden prohibir los velorios de las personas que hayan muerto de enfermedades transmisibles y ordenar el entierro en las condiciones que juzguen convenientes. Además, pueden también ordenar la autopsia del cadáver, con el fin de confirmar el diagnóstico.

### ***10. Medidas sancionatorias***

Para los infractores del Reglamento, el mismo estableció sanciones pecuniarias “o arresto proporcional” conforme a la Ley de Sanidad Nacional “sin perjuicio de otras penas que imponga el Código Penal (art. 19).

## **V. ¿ERA INSUFICIENTE EL RÉGIMEN DE DERECHO ADMINISTRATIVO EXISTENTE PARA ATENDER LAS EXIGENCIAS DE LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS?**

Ante regulaciones como las antes analizadas, vetustas sin duda, pero dictadas con buen criterio para la protección de la salud, con las debidas garantías de los derechos de los administrados, la pregunta que debemos hacernos los administrativistas es si las mismas eran o no suficientes para atender la pandemia del Covid-19; o si en cambio era indispensable que se decretase el estado de alarma conforme al artículo 338 de la Constitución para atender la emergencia sanitaria, previéndose regulaciones que suplieran la ineficiencia de dichas regulaciones.

Para ello deben analizarse las regulaciones establecidas en el decreto de estado de alarma por el Covid-19, para determinar si el régimen antes mencionado era o no insuficiente; lo que solo puede derivarse si se aprecia que las regulaciones que se hubieran adoptado con el decreto fueran diferentes de las que estaban previstas en el régimen existente. Pero si las medidas que se adoptaron podían, en definitiva, adoptarse con base en las regulaciones existentes y vigentes, entonces se puede decir, que no estaba dado del suiesto constitucional básico exigidos para un estado de excepción.

Recordemos que conforme a la propia Constitución, en el decreto por el cual se declare el estado de alarma se pueden establecer restricciones de garantías constitucionales en el marco de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica, que establece que:

*“Artículo 6: El decreto que declare los estados de excepción será dictado en caso de estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad,*

ampliando las facultades del Ejecutivo Nacional, con la *restricción temporal de las garantías constitucionales permitidas* y la ejecución, seguimiento, supervisión e inspección de las medidas que se adopten conforme a derecho. El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá ratificar las medidas que no impliquen la restricción de una garantía o de un derecho constitucional. Dicho decreto será sometido a los controles que establece esta Ley.”

En ese caso, como lo dispone el artículo 339 de la Constitución, el decreto que declare el estado de alarma deberá regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe; es decir, no es posible que el decreto ejecutivo “restrinja” una garantía constitucional pura y simplemente, estando obligado el Ejecutivo a decirlo expresamente, sino que es indispensable que en el texto del mismo decreto se regule, en concreto, mediante normas, el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe.<sup>4</sup> Solo así es que tiene sentido la previsión del artículo 21 de la Ley Orgánica que dispone que:

“*Artículo 21*: El decreto que declare el estado de excepción suspende temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles con las medidas dictadas en dicho decreto.”

Ahora bien, en el marco constitucional, legal y reglamentario antes comentado, es de interés precisar cuáles fueron las regulaciones restrictivas de derechos constitucionales dictadas a través del decreto No. 4.160 de 13 de marzo de 2020,<sup>5</sup> mediante el cual se declaró el “estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (Covid-19)”<sup>6</sup>, y así poder determinar si las regulaciones existentes de derecho administrativo eran o no insuficientes.

---

<sup>4</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “Prólogo,” al libro de Daniel Zovatto, *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José, 1990, pp. 24 ss.

<sup>5</sup> Nos referiremos al Decreto inicial N° 4.160 de 13 de marzo de 2020, por ser su contenido fundamentalmente el mismo de los Decretos ulteriores a través de los cuales se pretendió sucesivamente, una vez transcurrido el plazo constitucional de su vigencia y su prórroga, dictar decretos ulteriores mediante los cuales se decretaba una vez más el estado de alarma, burlando la limitación temporal constitucional y legalmente establecida

<sup>6</sup> Véase los estudios incorporados en el libro: Allan R. Brewer-Carías y Humberto Romero Muci (Coordinadores), *Estudios jurídicos sobre la pandemia del Covid-19 y el decreto de estado de alarma en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Colección Estudios No. 123, Caracas 2020.; especialmente los trabajos de Gabriel Sira Santana, Carlos García Soto, Allan R. Brewer-Carías, Caterina Balasso Tejera y José Ignacio Hernández G.

### ***1. Restricción de la garantía a la libertad de circulación y tránsito***

Mediante el artículo 7 del decreto 4.160 de 13 de marzo de 2020, sin mencionar ni restringir en forma expresa la garantía del derecho a la circulación y al libre tránsito prevista en el artículo 50 de la Constitución, quien ejerce de hecho la Presidencia de la República se autorizó a sí mismo para poder ordenar, en el futuro, “*restricciones a la circulación* en determinadas áreas o zonas geográficas, así como la entrada o salida de éstas, cuando ello resulte necesario como medida de protección o contención del coronavirus COVID-19,” con la única “restricción” de que dichos decretos futuros tendrían que contemplar:

“medidas alternativas que permitan la circulación vehicular o peatonal para la adquisición de bienes esenciales: alimentos, medicinas, productos médicos; el traslado a centros asistenciales; el traslado de médicos, enfermeras y otros trabajadores de los servicios de salud; los traslados y desplazamientos de vehículos y personas con ocasión de las actividades que no pueden ser objeto de suspensión de conformidad con la normativa vigente, así como el establecimiento de corredores sanitarios, cuando ello fuere necesario.”

El Decreto 4.160, además, reguló aspectos de la garantía que podían llegar a restringirse, precisando que:

“Cuando sea necesaria la circulación vehicular o peatonal conforme al párrafo precedente, deberá realizarse preferentemente por una sola persona del grupo familiar, grupo de trabajadores y/o trabajadoras o de personas vinculadas entre sí en función de la actividad que realizan, el establecimiento donde laboran o el lugar donde habitan. En todo caso, deberán abordarse mecanismos de organización en los niveles en que ello sea viable a fin de procurar que, en un determinado colectivo de personas, la circulación se restrinja a la menor cantidad posible de ocasiones y número de personas, y se tomen todas las previsiones necesarias para evitar la exposición al coronavirus COVID-19.”

El decreto por último en el artículo 15, sobre el libre tránsito al territorio nacional dispuso que:

“Artículo 15. El Ejecutivo Nacional podrá suspender los vuelos hacia territorio venezolano o desde dicho territorio por el tiempo que estime conveniente, cuando exista riesgo de ingreso de pasajeros o mercancías portadoras del coronavirus COVID-19, o dicho tránsito represente riesgos para la contención del virus.”

## ***2. Restricción de la garantía a la libertad económica y al derecho al trabajo***

A través del Decreto 4.160 de 13 de marzo de 2020, sin mencionar ni restringir en forma expresa la garantía de la libertad económica y el derecho al trabajo establecidas en los artículos 112 y 89 de la Constitución, quien ejerce de hecho la Presidencia de la República también se autorizó a sí mismo en su artículo 8, para en el futuro poder “ordenar la suspensión de actividades en determinadas zonas o áreas geográficas,” agregando que dicha suspensión, implicará “la suspensión de las actividades laborales cuyo desempeño no sea posible bajo alguna modalidad a distancia que permita al trabajador desempeñar su labor desde su lugar de habitación.”

Conforme a esa autorización que se dio a sí mismo quien ejerce la Presidencia para adoptar medidas futuras, el propio Decreto estableció en su artículo 9, una excepción respecto de actividades que sin embargo “no serán objeto de suspensión,” enumerándose las siguientes:

“1. Los establecimientos o empresas de producción y distribución de energía eléctrica, de telefonía y telecomunicaciones, de manejo y disposición de desechos y, en general, las de prestación de servicios públicos domiciliarios.

2. Los expendios de combustibles y lubricantes.

3. Actividades del sector público y privado prestador de servicios de salud en todo el sistema de salud nacional: hospitales, ambulatorios, centros de atención integral y demás establecimientos que prestan tales servicios.

4. Las farmacias de turno y, en su caso, expendios de medicina debidamente autorizados.

5. El traslado y custodia de valores.

6. Las empresas que expenden medicinas de corta duración e insumos médicos, dióxido de carbono (hielo seco), oxígeno (gases o líquidos necesarios para el funcionamiento de centros médicos asistenciales).

7. Actividades que conforman la cadena de distribución y disponibilidad de alimentos perecederos y no perecederos a nivel nacional.

8. Actividades vinculadas al Sistema Portuario Nacional.

9. Las actividades vinculadas con el transporte de agua potable y los químicos necesarios para su potabilización (sulfato de aluminio líquido o sólido), policloruro de aluminio, hipoclorito de calcio o sodio gas (hasta cilindros de 2.000 lb o bombonas de 150 lb).

10. Las empresas de expendio y transporte de gas de uso doméstico y combustibles destinados al aprovisionamiento de estaciones de servicio de transporte terrestre, puertos y aeropuertos.

11. Las actividades de producción, procesamiento, transformación, distribución y comercialización de alimentos perecederos y no perecederos, emisión de guías únicas de movilización, seguimiento y control de productos agroalimentarios, acondicionados, transformados y terminados, el transporte y suministro de insumos para uso agrícola y de cosechas de rubros agrícolas, y todas aquellas que aseguren el funcionamiento del Sistema Nacional Integral Agroalimentario.”

Adicionalmente, el Decreto delegó en la Vicepresidenta Ejecutiva, “en consulta con los Ministros del Poder Popular que conforman el Gabinete Ejecutivo con competencia en materia de salud, defensa, relaciones interiores, transporte, comercio, alimentación y servicios públicos domiciliarios,” para que pueda “ordenar mediante Resolución la suspensión de otras actividades, distintas a las indicadas en este artículo cuando ello resulte necesario para fortalecer las acciones de mitigación de los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19);” Delegación que viola lo establecido en la Ley Orgánica, que solo permite delegar “la ejecución” de lo que se disponga en el decreto (art. 16).

### ***3. Restricción de la garantía del derecho a la educación y del derecho a educar.***

En el artículo 11 del Decreto No. 4.160 de 13 de marzo de 2020, de nuevo, sin mencionar ni restringir en forma expresa la garantía del derecho a la educación y del derecho a educar establecidas en los artículos 102 y 106 de la Constitución, quien ejerce de hecho la Presidencia de la República decretó directamente la suspensión de:

“las actividades escolares y académicas en todo el territorio nacional a partir del día lunes 16 de marzo de 2020, a los fines de resguardar la salud de niñas, niños y adolescentes, así como de todo el personal docente, académico y administrativo de los establecimientos de educación pública y privada.”

A los efectos de implementar esta medida, el mismo artículo dispuso que los Ministros y Ministras del Poder Popular con competencia en materia de educación, en cualquiera de sus modalidades y niveles, debían:

“coordinar con las instituciones educativas oficiales y privadas la reprogramación de actividades académicas, así como la implementación de

modalidades de educación a distancia o no presencial, a los fines de dar cumplimiento a los programas educativos en todos los niveles. A tal efecto, quedan facultades para regular, mediante Resolución, lo establecido en este aparte.”

#### ***4. Restricción de la garantía del derecho a la libertad económica, del derecho al trabajo, del derecho de reunión y del derecho de propiedad***

En contraste con los anuncios antes referidos de posibilidad de restricción *future* de las garantías constitucionales a los derechos al libre ejercicio de la libertad económica y del trabajo, el Decreto No 4.160 del 13 de marzo de 2020, sin decirlo ni expresarlo formalmente, estableció también directamente restricciones a las garantías constitucionales a dichos derechos, además de a la garantía constitucional al derecho de reunión (art. 53 Constitución), al establecer la suspensión de diversas actividades y en determinadas modalidades en el país.

*Primero*, conforme al artículo 12 del Decreto, el Presidente de la República dispuso que:

“se suspende en todo el territorio nacional la realización de todo tipo de *espectáculos públicos, exhibiciones, conciertos, conferencias, exposiciones, espectáculos deportivos y, en general, cualquier tipo de evento de aforo público o que suponga la aglomeración de personas.*”

Sin embargo, de acuerdo con la propia norma se estableció una excepción general y es que no fueron objeto de dicha suspensión:

“las actividades culturales, deportivas y de entretenimiento destinadas a la distracción y el esparcimiento de la población, siempre que su realización *no suponga aforo público*. Los establecimientos donde se realicen este tipo de actividades podrán permanecer parcialmente abiertos, pero bajo ningún concepto podrán disponer sus espacios para presentaciones al público.”

En esta materia específica, el Decreto dispuso que el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz deberá realizar “las coordinaciones necesarias con las autoridades el ámbito municipal para el cumplimiento estricto de esta disposición.

*Segundo*, en el mismo artículo 12 del Decreto, se dispuso otra restricción a las garantías constitucionales de los derechos al libre ejercicio de las actividades lucrativas, al trabajo y de reunión, al disponerse que “*permanecerán cerrados*” “entre otros,” los siguientes establecimientos:

“los cafés, restaurantes, tascas, bares, tabernas, heladerías, teatros, cines, auditorios, salones para conferencias, salas de conciertos, salas de exhibición, salones de fiesta, salones de banquetes, casinos, parques infantiles, parques de atracciones, parques acuáticos, ferias, zoológicos, canchas, estadios y demás instalaciones para espectáculos deportivos con aforo público de cualquier tipo.”

Sin embargo, en cuanto a los establecimientos dedicados al expendio de comidas y bebidas, en el artículo 13 del Decreto se estableció como excepción, que los mismos:

“podrán permanecer abiertos prestando servicios exclusivamente bajo la modalidad de reparto, servicio a domicilio o pedidos para llevar, pero no podrán prestar servicio de consumo servido al público en el establecimiento, ni celebrar espectáculos de ningún tipo. Las áreas de dichos establecimientos destinadas a la atención de clientes o comensales para consumo in situ, o para la presentación de espectáculos, permanecerán cerradas.”

En esta materia, además, también en violación de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley Orgánica, en el Decreto se procedió a delegar en el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud, en coordinación con los Ministerios con competencia en materia de alimentación y comercio, la regulación de las previsiones establecidas en el decreto; precisando incluso que:

“De ser necesario, establecerán también la regulación especial para establecimientos públicos, o privados de beneficencia pública, comedores para trabajadores y otros en los cuales se disponga de espacios de aforo público para comensales.”

*Tercero*, el artículo 14 del Decreto No. 4.160 estableció que “los parques de cualquier tipo, playas y balnearios, públicos o privados, se mantendrán cerrados al público.”

*Y cuarto*, por último, el Decreto No 4.160 del 13 de marzo de 2020, también estableció directamente, pero sin decirlo ni expresarlo formalmente, restricciones a las garantías constitucionales al derecho a la libertad económica y al derecho al trabajo, y además a la garantía del derecho de propiedad (que conforme al artículo 115 solo puede estar “sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones *que establezca la ley* con fines de utilidad pública o de interés general”), al establecer directamente en el artículo 17 que el Ministerio del Poder Popular para la Salud, “en su carácter de autoridad pública de salud de la más alta dirección” puede “designar o requerir” que los establecimientos de atención médica, hospitales, clínicas y ambulatorios privados, funcionen:

“como hospitales de campaña o centinela en materia de coronavirus COVID-19, no estando sujetos a horario, turno o limitación de naturaleza similar.”

Además, se dispuso en la misma norma que, en todo caso:

“el Ministro del Poder Popular para la Salud, cuando lo estime conveniente para la mejor ejecución de este Decreto, girará las instrucciones necesarias o efectuará los requerimientos indispensables a los centros de salud, clínicas, laboratorios y demás establecimientos privados de prestación de servicios de salud, los cuales están en la obligación de atender dichas instrucciones y requerimientos prioritariamente.”

### ***5. Restricción de la garantía del derecho a la libertad personal***

En contraste con los anuncios antes referidos de posibilidad de restricción futura de garantías constitucionales de varios derechos de consagración constitucional, el Decreto No 4.160 del 13 de marzo de 2020, también estableció directamente, pero sin decirlo ni expresarlo formalmente, restricciones a la garantía de la libertad personal, al establecer las siguientes medidas:

*Primero*, en el artículo 10, se ordenó “*el uso obligatorio de mascarillas que cubran la boca y nariz*” en los siguientes casos:

“1. En todo tipo de transporte público terrestre, aéreo o marítimo, incluidos los sistemas metro, Metrobús, metrocable, cabletren y los sistemas ferroviarios.

2. En terminales aéreos, terrestres y marítimos.

3. En espacios públicos que, por la naturaleza de las actividades que en ellos se realizan, deban concurrir un número considerable de personas, mientras no sea suspendida dicha actividad.

4. En las clínicas, hospitales, dispensarios, ambulatorios, consultorios médicos, laboratorios y demás establecimientos que presten servicios públicos o privados de salud, así como en los espacios adyacentes a éstos.

5. En supermercados y demás sitios públicos no descritos.”

A los efectos de la ejecución de esta restricción, el decreto se limitó a instruir “a las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana, *salud* y defensa integral de la nación a tomar las previsiones necesarias para hacer cumplir esta regulación.”

*Segundo*, en el artículo 23 del decreto se establecieron *restricciones a las garantías de la libertad personal y de circulación consistentes en la imposición*

*de aislamiento o cuarentena* obligatorios para “todos los pacientes sospechosos de haber contraído el coronavirus que causa la COVID-19, así como aquellos en los cuales se hubiere confirmado tal diagnóstico por resultar positivo conforme a alguno de los tests debidamente certificados para la detección de la COVID-19 o de alguna de sus cepas,” a quienes se impuso la obligación de permanecer

“en cuarentena y en aislamiento hasta que se compruebe mediante dicho test que ya no representa un riesgo para la propagación del virus, aun cuando presenten síntomas leves.”

*Igualmente*, en el artículo 24 del decreto, se estableció también la obligación de permanecer en cuarentena o aislamiento por un plazo de dos (2) semanas, a las personas que hubieran estado expuestas a pacientes sospechosos o confirmados de haber contraído el coronavirus que causa la COVID-19, en casos tales como:

1. Haber tenido contacto directo con el paciente infectado o sospechoso de haber contraído el virus en razón de actividades profesionales, técnicas o laborales asociadas a la atención médica o sanitaria.
2. La visita a pacientes enfermos o bajo sospecha de estarlo.
3. Haber permanecido en un mismo entorno con pacientes enfermos, o bajo sospecha de estarlo, ya sea con ocasión de actividades laborales, académicas, profesionales o relaciones sociales de cualquier tipo.
4. Haber viajado en cualquier tipo de nave, aeronave o vehículo con un paciente afectado o sospechoso de serlo.
5. Haber convivido en el mismo inmueble con un paciente con COVID-19 en los 14 días posteriores a la aparición de sus primeros síntomas.
6. Haber tenido contacto directo con las personas indicadas en algunos de los numerales precedentes.
7. Quienes sean notificados por el Ministerio del Poder Popular de la Salud como un posible portador de la COVID-19, a cuyo efecto el Ministerio puede “servirse de las modalidades de las tecnologías de la información que considere convenientes.”

En todo caso, el Decreto dispuso que las condiciones tanto de la cuarentena como del aislamiento debían ser desarrolladas por el Ministerio del Poder Popular para la Salud, y divulgadas ampliamente a nivel nacional (art. 25);

agregando respecto de la cuarentena que “las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana, salud y defensa integral de la nación dispondrán los espacios que servirán de aislamiento para los casos de cuarentena que se requieran” (art. 29).

En todo caso, y a pesar de la indicación enumerativa de los supuestos en los cuales debía ocurrir la cuarentena o aislamiento, de hecho lo que ocurrió fue que toda la población, y no solamente los enfermos o quienes fueran sospechosos de estar enfermos o hubieran tenido contacto con alguno de los anteriores, fue compelida a estar en aislamiento.

Tratándose de medidas restrictivas de la libertad personal, el artículo 26 del Decreto dispuso que el cumplimiento de la cuarentena o el aislamiento antes indicados “es de carácter obligatorio y se requerirá al sujeto su cumplimiento voluntario.” Sobre ello, además, el Decreto dispuso que:

“ante la negativa de cumplimiento voluntario por parte de la persona obligada a permanecer en cuarentena o aislamiento, las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana, salud y defensa integral de la nación deberán tomar todas las previsiones necesarias para mantenerlo en las instalaciones médicas o las que se dispongan para tal fin, en sus residencias o bajo medidas alternativas especiales, si fuere autorizado, o trasladarlo a alguno de dichos lugares si no se encontrare en alguno de ellos.”

El Decreto dispuso que todas las personas que se encuentren en los supuestos previstos en los artículos 23 y 24 del Decreto antes indicadas:

“están obligadas a proveer oportunamente a las autoridades competentes en materias de salud, seguridad ciudadana, o de defensa integral de la nación, toda información que sirva a los fines de determinar la forma de contagio a la que estuvo expuesta y el alcance que pudiera haber tenido como agente de propagación.

A los efectos de la estandarización de la información a recolectar, el Ministerio del Poder Popular para la Salud elaborará los respectivos cuestionarios para su distribución a las autoridades competentes e inmediata disponibilidad mediante acceso electrónico.

La información aportada conforme a lo establecido en este artículo solo podrá ser utilizada con el objeto de realizar el seguimiento de la localización del avance del coronavirus COVID-19, tomar las medidas especiales de protección a favor del aportante, o de las personas o comunidades que pudieren haber resultado afectadas, y cualquier otra medida relativa a la ejecución de este Decreto.

De ninguna manera podrá ser utilizada la información con fines distintos a los previstos en este artículo, ni divulgada la información personal de manera alguna, o utilizada en procedimientos o procesos administrativos o judiciales de ningún tipo distintos a los procedimientos de control del coronavirus COVID-19.”

Y tercero, en el artículo 5 del decreto se estableció una muy importante *restricción a la garantía de la libertad personal* al establecerse la obligación de las personas naturales, así como las personas jurídicas privadas, de “prestar su concurso cuando, por razones de urgencia, sea requerido por las autoridades competentes,” pero sin indicarse cómo y en qué forma pueden ser requeridas y qué tipo de “concurso” han de prestar. Lo cierto es que la Constitución en su artículo 134 establece que en Venezuela las personas, “tiene(n) el deber de prestar los servicios civiles necesarios para hacer frente a situaciones de calamidad pública” lo que solo puede exigirse “de conformidad con la ley,” no pudiendo nadie ser “sometido a reclutamiento forzoso.” Si con el Decreto 4.160 se pretendió restringir esta garantía, la única forma en que ello podía haberse materializado era estableciendo la regulación necesaria en el propio Decreto, estableciéndose directamente el régimen legal aplicable en el caso de la situación de alarma, lo que no se hizo.

#### ***6. Restricción de la garantía de la inviolabilidad del hogar doméstico***

El artículo 28 del Decreto 4.160, sin hacer referencia alguna a lo establecido en el artículo 47 de la Constitución que garantiza la inviolabilidad del hogar doméstico, dispuso la posibilidad de que se verifiquen visitas sanitarias, autorizando a “los órganos de seguridad pública” “a realizar en establecimientos, personas o vehículos las inspecciones que estimen necesarias cuando exista fundada sospecha de la violación de las disposiciones de este Decreto.”

Como consecuencia de estas inspecciones o visitas, dichas autoridades, conforme se indica en el Decreto 4.160, deben:

“tomar las medidas inmediatas que garanticen la mitigación o desaparición de cualquier riesgo de propagación o contagio del coronavirus COVID-19 como consecuencia de la vulneración de alguna de las medidas contenidas en este instrumento o las que fueren dictadas por las autoridades competentes para desarrollarlo.

El Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz deberá establecer los parámetros de actuación adecuada aplicables a

la situación particular que plantea la atención de la epidemia del coronavirus COVID-19.”

### ***7. Apreciación general sobre la insuficiencia de las facultades existentes que ameritaba el régimen del estado de alarma***

Cuando se analiza el Decreto de Estado de alarma de 2020 para atender la pandemia del COVID-19, lo que es necesario determinar, ante todo, es si efectivamente conforme al artículo 337 de la Constitución *las facultades de las cuales se disponía con anterioridad, eran o no suficientes para hacer frente a la pandemia*, encajando precisamente en la materia de salud y atención de enfermedades como la que provoca el Coronavirus, dentro de las denominadas como de “enfermedades de notificación obligatoria,” un campo en el cual la legislación vigente desde hace casi cien años regula suficientes poderes que permitían dictar casi todas las medidas que se adoptaron a través del referido Decreto, ignorándose totalmente lo que establecía el derecho administrativo regulador en la materia.

En esta materia, en efecto, como se ha dicho, el Reglamento de Enfermedades de Denuncia Obligatoria (Enfermedades de Notificación Obligatoria, en la terminología contemporánea), no solo se enumera a las “influenzas” como una de ellas, de notificación “inmediata,” sino que se precisa que al listado incluido en el Reglamento, el Ministerio de Sanidad puede agregar otras enfermedades, como sin duda podía haberse hecho con la afección respiratoria intensa producida por el Virus COVID-19.

Conforme a la normativa de dicho Reglamento, la tarea que los administrativistas tenemos por delante, es redescubrir el propio derecho administrativo, para determinar si en realidad era o no necesario decretar un “estado de alarma” para atender la situación acaecida con ocasión de la pandemia de una Enfermedad de Notificación Obligatoria como la del Coronavirus, y como consecuencia de la emisión del estado de alarma, proceder a estudiar las regulaciones que deben establecerse en el campo de la protección y atención de la salud para actualizar aquellas vetustas previsiones..

En otras palabras, revisar las viejas normas de 1939 y contrastarlas con las dictadas en el Decreto por el cual se declaró el estado de alarma de 2020, es un ejercicio necesario de redescubrimiento del derecho administrativo para constatar no solo que en su momento, el derecho administrativo regulador respondió a las necesidades sociales en materia sanitaria, sino para identificar – de ser el caso- sus carencias y concluir en una regulación legal contemporánea para enfrentar crisis y riesgos como el presente.

Ello implica volver a prestar más atención al derecho administrativo regulador, partiendo por supuesto de los grandes avances que tuvimos en el estudio de la teoría del derecho administrativo.

## **VI. UNA REFLEXIÓN ADICIONAL PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO REGULADOR: LA NECESARIA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y ATENCIÓN DE DESASTRES**

La atención de circunstancias excepcionales no solo requiere de la legislación necesaria a cargo del derecho administrativo regulador, que permita al Estado atender la satisfacción del interés general garantizando los derechos de las personas, sino que también impone la necesidad de que el derecho administrativo regule orgánicamente a la Administración para poder hacer frente efectiva y eficientemente a esas situaciones extraordinarias.

Por ello, es un signo común del derecho administrativo regulador en el mundo contemporáneo el que se haya progresivamente normado la estructuración de organizaciones administrativas permanentes para atender precisamente la administración de la atención de emergencias y desastres, y, además, para gerenciar la política destinada a prevenir su ocurrencia.

Puede decirse que en casi todos los países se han dictado leyes estableciendo estas Organizaciones específicas para la prevención como la atención de desastres. Se observa por lo general que estas regulaciones adoptan una concepción integral que involucra desde la máxima autoridad del país respectivo, generalmente el Presidente de la República y su Consejo de ministros, de donde se deriva la coordinación interinstitucional, por una parte y una cobertura de niveles territoriales, generalmente comprendido en tres y hasta cuatro niveles de participación: nacional, estatal-regional-departamental-provincial, municipal y local, involucrando tanto el sector público, como el privado, las universidades, la comunidad y los individuos en forma tanto individual como colectiva.

En el caso de Venezuela las experiencias desarrolladas en la organización de instancias de protección civil se iniciaron en 1958 con la creación de la "División de Socorro y Defensa Civil" en el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, y continuaron en 1967 luego del terremoto ocurrido en Caracas el 29 de julio de 1967, con la creación del "Comando Unificado Médico Asistencial" (CUMA), presidido por el Ministerio de Sanidad e integrado por Representantes de todos los Organismos del Estado, y condujeron en 1969 a la creación del "Fondo de Solidaridad Social" (FUNDASOCIAL), con el objeto de prevenir y

reparar en lo posible, los daños ocasionados por calamidades y catástrofes que pudieran afectar a grupos apreciables de la colectividad. A partir de 1971, se creó, por Decreto Presidencial N° 702, la "Comisión de Defensa Civil", con la función de planificar y coordinar las acciones tendentes a prevenir, reducir, atender y reparar los daños a personas y bienes causados por calamidades públicas por cualquier origen, socorriendo simultáneamente a la población afectada.

No fue sino en 1976, al dictarse la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa, cuando se reguló la Defensa Civil, mientras que en 1979, y mediante Decreto N° 231, se dispuso que la Comisión Nacional de Defensa Civil pasara a formar parte integrante del "Consejo Nacional de Seguridad y Defensa," que a partir de 1996 fue aprobado fue regulado en el Reglamento Parcial No. 3 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa relacionado con la Defensa Civil Venezolana. Estas regulaciones provocaron la inclusión en el artículo 332.4 de la Constitución de las previsiones sobre la estructuración de una "Organización de Protección Civil y Administración de Desastres," lo que originó a la postre la sanción de la Ley de la Organización Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres.<sup>7</sup>

Con ocasión precisamente de la pandemia del COVID-19, este es otro campo de revisión y de redescubrimiento del derecho administrativo regulador, que también deberá llamar la atención de los administrativistas, para asegurar que la Administración pueda hacer frente a la atención efectiva de situaciones desastrosas, calamidades y pandemias, sin necesidad de tener que acudir al auxilio del derecho constitucional para obtener la respuesta a las necesidades de la Administración del Estado.

23 de septiembre de 2020

---

<sup>7</sup> Véase en *Gaceta Oficial* N° 5.557 de 13-11-2001