

Notas preliminares sobre el Decreto de estado de excepción de alarma dictado el 13 de marzo de 2020 (a propósito de la epidemia del coronavirus COVID-19). Primera parte

Nélida PEÑA COLMENARES*
RVLJ, N.º 15, 2020, pp. 271-304.

SUMARIO

Introducción 1. La relación causal entre la declaratoria de los estados de excepción y la restricción de las garantías y derechos constitucionales 2. Los requisitos de la declaratoria de los estados de excepción 3. Los vicios formales del Decreto de estado de alarma dictado por el Ejecutivo Nacional para afrontar la epidemia del coronavirus (COVID-19), del 13 de marzo de 2020 3.1. La aplicación retroactiva del Decreto 3.2. El exceso de fundamentación jurídica del Decreto y la confusión que genera en la ciudadanía 3.3. La omisión del sometimiento del Decreto del estado de excepción de alarma al control político de la Asamblea Nacional (vicio de forma y sustancial) 3.4. La falta de notificación del Decreto de estado de alarma a las organizaciones internacionales 4. Los vicios materiales o sustanciales del Decreto de estado de alarma dictado

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogada; Doctora en Ciencias, mención Derecho; Profesora Asociada de Derecho Constitucional.

Esta es la primera parte del trabajo sobre el Decreto de estado de alarma del 13-03-20, el cual para la publicación en la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* se ha dividido en dos partes. La primera comprende los vicios formales y algunos de los vicios materiales del Decreto. Ahora bien, como la introducción está referida a ambas partes, he considerado a los fines de mantener el hilo argumental del trabajo conservarla inalterada.

por el Ejecutivo Nacional para afrontar la epidemia del coronavirus (COVID-19), del 13 de marzo de 2020 4.1. *La falta de demostración de la insuficiencia de los medios ordinarios para conjurar la crisis originada por el COVID-19 (presupuesto fáctico del Decreto)* 4.2. *La falta de la enunciación expresa en el Decreto de las garantías constitucionales restringidas (la configuración del vicio)* **Conclusión**

Introducción

En la presente introducción exponemos, en primer lugar, nuestra posición sobre el dilema constitucional que se ha suscitado en la mayoría de los países del mundo, a raíz de la emanación de las respectivas modalidades de estados de excepción, con la finalidad de encarar la pandemia COVID-19, entre el derecho a la salud y los otros derechos fundamentales, y en segundo lugar, resumimos los principios constitucionales que informan a los estados de excepción en Venezuela, y concretamente del estado de alarma, declarado mediante el correspondiente Decreto presidencial dictado el 13 de marzo de 2020 (en lo adelante, el Decreto).

i. El dilema entre el derecho a la salud y el resto de los derechos constitucionales, suscitado con motivo de la declaratoria del estado de excepción, de alarma, para combatir la pandemia del coronavirus (COVID-19): Es un hecho notorio comunicacional para la mayoría de los abogados en Venezuela, la interesante y enjundiosa controversia doctrinaria planteada en casi todo el mundo, surgida con motivo de la aplicación de las modalidades de estados excepción que han debido declarar los Estados para encarar la situación extraordinaria generada por la pandemia COVID-19, la cual gira básicamente sobre el dilema de la primacía de la tutela del derecho de la salud, sobre los otros derechos fundamentales, controversia que, como era de esperar, en los países donde rige un Estado democrático y de Derecho, como Alemania, Italia y España –solo para citar tres europeos–, ha llegado a los tribunales constitucionales, y para demostrarlo bastan dos ejemplos: el Tribunal Constitucional alemán ante

una demanda de amparo introducida por unos ciudadanos para realizar una manifestación pública, guardando la distancia social, dictó un fallo favorable a los demandantes, invocando en términos muy claros que la tutela del derecho a la salud mediante la ejecución de las medidas (confinamiento) del correspondiente estado de excepción, no implicaban la suspensión de otros derechos fundamentales, como lo es el de manifestación pública¹.

En cambio, ante una demanda de amparo similar intentada por unos ciudadanos españoles, para manifestar públicamente el día del trabajador, guardando la distancia social, el Tribunal Constitucional español desestimó la solicitud, en virtud de que le otorgó primacía al derecho a la salud sobre el derecho a manifestar públicamente, porque consideró que permitir la manifestación constituía una violación de la medida de confinamiento, y la posibilidad de que se produjera el contagio y la propagación del COVID-19. Sin embargo, en esa decisión se produjo un empate entre los magistrados, y solo pudo ser aprobada con el denominado «voto de calidad», en el Derecho español –«dirimente» en nuestros términos–, del presidente del Tribunal, lo que revela la complejidad de la controversia doctrinaria, que también pasó a ser jurisprudencial, a la que nos referimos².

Por supuesto que una controversia doctrinaria de esa naturaleza que llega con prontitud a los tribunales constitucionales, y estos deciden oportunamente, es propio o natural de países donde está vigente efectivamente un Estado democrático y de Derecho, en el sentido que expone ARAGÓN REYES: democrático, porque las actuaciones del Gobierno –durante la vigencia del estado de alarma– están sujetas al control político, y de Derecho, porque están sujetas al control de los jueces³. Nosotros agregaríamos una forma de control que podríamos denominar «control difuso», que es el ejercido por la sociedad

¹ Véase el resumen de esta noticia en: <https://elpais.com/internacional/2020-04-16/el-constitucional-aleman-defiende-el-derecho-de-manifestacion-tambien-en-tiempos-de-pandemia.html>.

² Véase el resumen de esta noticia en: <https://elpais.com/espana/2020-05-01/division-en-el-constitucional-por-el-derecho-de-protesta-durante-la-crisis.html>.

³ ARAGÓN REYES, Manuel: «Hay que tomarse la Constitución en serio». En: *El País* (10-04-20), https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html.

civil, el cual se torna viable mediante la opinión de las universidades, de los colegios de abogados, las academias, los investigadores, las organizaciones de los derechos humanos y, en el plano institucional, de la Defensoría del Pueblo, desde luego, dando por descontado la plena vigencia del libre ejercicio de la libertad de información.

Por nuestra parte, ante una pandemia que, como observa CRUZ VILLALÓN, ha generado una «emergencia sanitaria», pero también una grave emergencia económica y social, y agrega el citado autor: «... Dicho esto, la dura realidad es que la presente emergencia es de una magnitud tal que difícilmente podríamos encontrarla acabadamente reflejada en ninguno de los estados de emergencia previstos, sea el estado de alarma, el de excepción o el de sitio»⁴; opinión que compartimos. Ahora bien, pensamos que en un Estado democrático y de Derecho, como el caracterizado por ARAGÓN REYES, es posible y hasta deseable asumir una posición hermenéutica orientada por la finalidad fundamental perseguida por el Gobierno con el estado de excepción, siempre teniendo como premisa el respeto a la intangibilidad de los derechos fundamentales, hasta donde lo permita la restricción o suspensión de los mismos, la cual podría ser extensiva en determinados supuestos de hecho, soslayando la tesis restrictiva que debe primar en esta materia, pero, insistimos, ateniéndose a los límites contenidos en el propio decreto de estado de excepción.

Sin embargo, asumir una posición como la expuesta en el párrafo anterior, resulta casi imposible en un país como el nuestro, donde su carácter democrático está difuminado, por decir lo menos, y la mejor demostración es que el Decreto declaratorio del estado de alarma, como lo veremos más adelante, no fue sometido al control político de la Asamblea Nacional; y la situación es igual en lo que respecta a la calificación de Estado de Derecho, pues los controles de los jueces resultan casi inexistentes, pese a que el Decreto, como se demostrará a lo largo del trabajo, adolece de varios vicios ostensibles de inconstitucionalidad, como por ejemplo, la omisión evidente de «las garantías

⁴ CRUZ VILLALÓN, Pedro: «La Constitución bajo el estado de alarma». En: *El País* (16-04-20), https://elpais.com/elpais/2020/04/16/opinion/1587025782_733659.html?event_log=oklogin.

restringidas de los respectivos derechos constitucionales», amén de las numerosas violaciones en la ejecución de las medidas contenidas en el Decreto. Las expresiones del que hemos denominado «control difuso» ejercido por la sociedad civil se han reducido a su mínima expresión, debido a causas suficientemente conocidas.

Planteado así el asunto, y vista la dimensión de los valores que se pretenden tutelar con el Decreto del estado de alarma (la salud y eventualmente la vida), aunque este provenga de un Gobierno de un Estado «democrático y de Derecho» como Venezuela, nuestra condición de abogada y sobre todo la de docente, nos conduce a asumir una posición hermenéutica heterodoxa frente al Decreto de estado de alarma, conforme a la cual frente a particulares vacíos, contradicciones, e inclusive ante inconstitucionalidades, teniendo como norte la tutela de los valores fundamentales, optamos por recurrir a la interpretación extensiva y la teleológica y, por tanto, soslayar la restrictiva, pero siempre que su aplicación no implique la vulneración de la garantía de los derechos fundamentales, y pese a que somos conscientes de que dicha tesis es rechazada por la mayoría de los autores venezolanos que se han pronunciado sobre el tema, quienes se mantienen en el plano de la ortodoxia doctrinaria y hermenéutica, posición que obviamente respetamos.

Y en ese orden de ideas, ante la situación extraordinaria originada por una enfermedad totalmente desconocida, que desborda los esquemas jurídicos constitucionales de los estados de excepción, como bien apunta CRUZ VILLALÓN, consideramos que algunas disposiciones del Decreto deben ser interpretadas con base en la tesis expuesta en el punto anterior, siendo uno de los resultados más relevantes de la aplicación de la misma, como se verá más adelante, ante la falta de enunciación expresa en el Decreto de las garantías de los derechos cuyo ejercicio se regula, la procedencia de «inferirlas» de las «medidas» establecidas expresamente en este, así como admitir por vía consecencial y tangencial de la restricción de las garantías de algunos derechos constitucionales que no resultan de la referida inferencia.

Sin embargo, la viabilidad de la tesis está condicionada por el estricto respeto a los siguientes parámetros:

- a. En ningún caso puede admitirse la restricción de las garantías de los derechos enunciados en el artículo 337 constitucional y en el artículo 7 de la Ley Orgánica sobre Estados de excepción.
- b. Solo las medidas restrictivas de las garantías de los derechos cuyo ejercicio se pretende regular, previstas expresamente en el Decreto, son ejecutables por el Poder Ejecutivo o por los órganos de otros Poderes en que este delegue su «ejecución». La pretensión de estos de crear otras medidas, aunque puedan considerarse como complementarias de las primeras, no resulta viable constitucionalmente.
- c. La potestad que le confiere el Decreto a la vicepresidenta de la República y a los ministros para desarrollar las medidas restrictivas contenidas en el mismo, mediante resoluciones normativas es francamente inconstitucional.
- d. El único funcionario habilitado constitucionalmente para restringir la garantía de la libertad de tránsito, o de cualquier otro derecho, es el presidente de la República, razón por la cual resulta evidentemente inconstitucional que lo hagan otros funcionarios, *verbi gratia*, los gobernadores y alcaldes, algunos de los cuales han llegado a dictar los denominados «toques de queda», en sus respectivas jurisdicciones.
- e. Es viable en el marco de la tesis hermenéutica a los que nos referimos precedentemente, «inferir las garantías restringidas» de los derechos cuyo ejercicio se regula, a partir de las medidas que se enuncian expresamente en el Decreto, ateniéndose estrictamente a los términos del mismo, y en caso de dudas en este proceso de inferencia, debe recurrirse al canon hermenéutico denominado *favor libertatis*.
- f. Debe rechazarse en el marco de la aludida tesis interpretativa la pretensión del presidente de la República en Consejo de Ministros,

de añadir «nuevas» medidas, para que a partir de las mismas, se restrinjan «nuevas garantías de nuevos derechos» para regular su ejercicio, ya que de lo contrario se produciría un empoderamiento arbitrario del Poder Ejecutivo, dado que estaríamos ante la modificación unilateral del Decreto, situación no prevista en la Constitución, siendo este un silencio constitucional que tiene como finalidad garantizar el respeto de esos nuevos derechos constitucionales que se incluirían en la modificación.

- g. Cabe destacar que las únicas medidas de la cual se infiere la restricción de la garantía del ejercicio del derecho a la libertad de tránsito son la «cuarentena» y el «aislamiento», pero de pacientes sospechosos de tener la COVID-19, o pacientes enfermos de la misma, por haber resultados positivos después de la aplicación del test pertinente (artículo 23 del Decreto). A estos se agrega una tercera categoría: «las personas sospechosas» de haber contraído la enfermedad (artículo 24).
- h. El Decreto no contiene disposición alguna que habilite a ninguna autoridad pública a aplicarles «sanciones penales» y mucho menos «infamantes», a quienes violen los preceptos de dicho instrumento normativo. Distinta es la situación de la persona que desarrolla una conducta tipificada como delito o falta, asociada a la violación del Decreto, pues la sola infracción de este acarrea simplemente una sanción administrativa, por supuesto, después de garantizarle el derecho al debido procedimiento, conforme a lo preceptuado en el artículo 49.6 de la Constitución.

Reiteramos que solo respetando estos parámetros o límites cobra pertinencia y razonabilidad nuestra tesis, y a ellos nos hemos ajustado a lo largo del trabajo, como podrá comprobarlo el lector.

ii. Los principios constitucionales que informan a los estados de excepción, y concretamente a la modalidad del estado de alarma: Pasamos a continuación a exponer en esta segunda parte de la introducción, los principios

constitucionales que informan el estado de alarma, utilizando a tal fin el Decreto dictado por el Ejecutivo Nacional en el contexto de la pandemia del coronavirus COVID-19⁵, sobre la base de los postulados constitucionales que informan a los estados de excepción, con el fin de intentar realizar un aporte interpretativo ante las dudas que surgen en la aplicación de este ordenamiento jurídico alternativo que entró a regir una vez publicado en la *Gaceta Oficial*, y que consecuentemente, incide negativamente sobre los derechos y garantías constitucionales, los cuales son restringidos (solo aquellos enunciados en el Decreto) *ope constitutionem*, razón por la cual dado el carácter excepcional del Decreto debería ser interpretado restrictivamente, máxime si se tiene en cuenta la experiencia que tenemos a raíz del estado de excepción («estado de excepción y de emergencia económica»), declarado el 14 de enero de 2016, prorrogado sucesivamente hasta la presente fecha, aunque después de la primera, acudieran al ardid «nuevo decreto»; «prórrogas» que en la práctica han sido convalidadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, pese a que el artículo 338 constitucional, solo prevé expresamente una sola, y que esa «perennización»⁶ del estado de excepción ha sido severamente cuestionada por la doctrina y, lo que es más grave, sus normas han sido interpretadas extensivamente. En atención a lo expuesto

⁵ El denominado «estado de excepción de alarma» es una de las cuatro modalidades previstas en el texto constitucional, cuya declaratoria por el presidente de la República en Consejo de Ministros está sujeta al estricto cumplimiento de los presupuestos generales contemplados en el artículo 337 constitucional, y particularmente del específico enunciado en el artículo 338, encabezado, que reza: «... cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos». Para una aproximación general a los estados de excepción, y en particular el estado de alarma, véase: PEÑA COLMENARES, Nélica: *Los estados de excepción en el ordenamiento jurídico venezolano*. UCV. Trabajo de ascenso para optar a la categoría de profesor Agregado. Caracas, 2018, pp. 180-204, <http://saber.ucv.ve/handle/10872/18730>.

⁶ Según la doctrina de la Corte Constitucional colombiana, sent. C-136, del 25-02-09, la «perennización» del estado de excepción es «una anomalía que refiere a la aplicación rutinaria del mismo; es decir, a la prórroga constante o invocación de declaración permanente. Por ende, se desconocen los principios de actualidad e inminencia del peligro o la crisis, así como el de proporcionalidad. En otras palabras, la excepción se convierte en la regla».

sobre la «perennización» del referido Decreto, SIRA SANTANA afirma que el estado de excepción y de emergencia se ha declarado en trece oportunidades con sus respectivas prórrogas⁷. Pasamos a examinar sucintamente los referidos principios.

1. La relación causal entre la declaratoria de los estados de excepción y la restricción de las garantías y derechos constitucionales

Es bien sabido que la declaratoria de los estados de excepción tiene como finalidad conjurar una crisis, originada en circunstancias extraordinarias, de distinto orden, que afecta gravemente la seguridad de la Nación, confiéndole al Poder Ejecutivo potestades que exceden a las que le atribuye el ordenamiento jurídico que rige la normalidad institucional, cuyo ejercicio en la conjuración de la crisis comporta la afectación de los derechos y garantías constitucionales, los cuales pueden ser restringidos o suspendidos. Por tanto, es posible establecer una relación causal entre la restricción de las garantías y la ampliación de las potestades legislativas del Poder Ejecutivo en el marco de un estado de excepción, pues carece de sentido declarar un estado de excepción si la crisis originada por la ocurrencia del evento extraordinario, puede ser encarada y resuelta mediante el ejercicio de las potestades de que dispone ordinariamente el Poder Ejecutivo.

Conviene recordar, en esta línea argumental, que la «extraordinariedad» de las potestades que asume el Poder Ejecutivo radica en que puede traspasar legítimamente los límites de la legalidad ordinaria, mediante la emanación de Decretos con fuerza de ley, que suspenden o derogan «temporalmente» –mientras dura el estado de excepción– las leyes o cualquier otro instrumento normativo con rango de ley. O, en otras palabras, que legitiman la ruptura parcial de la garantía general de la reserva legal.

⁷ SIRA SANTANA, Gabriel: «Reporte CIDEP: Los decretos del estado de excepción nacional y su prórroga», 2019, <https://cidep.com.ve/reportes.html>.

Esa tesis fue formulada, entre otros por CASAL, durante la vigencia de la Constitución de 1961, la cual es reafirmada por dicho autor con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, al afirmar: «Además, de acuerdo con la nueva Constitución la declaratoria de un estado de excepción [y el consiguiente ejercicio de potestades extraordinarias por el Poder Ejecutivo] ha de llevar necesariamente aparejada la restricción de alguna garantía o derecho constitucional (...) Dicho de otro modo, si la restricción de garantías o derechos no resulta necesaria, tampoco lo será la declaratoria del estado de excepción...»⁸.

Cabe destacar que, en nuestro criterio, derivado de la interpretación sistemática y teleológica del artículo 337 constitucional, que preceptúa: «El presidente o presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción (...) En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles»⁹, cuando el constituyente utiliza la forma verbal «podrán» debe conceptuarse como potestad de obligatorio ejercicio por el presidente de la República, porque si no fuera así, como sostiene CASAL, carecería de sentido la declaratoria del estado de excepción, razón por la cual siempre el Decreto declaratorio del estado de excepción debe contener como condición de validez del mismo, la enumeración taxativa en forma expresa de las garantías constitucionales restringidas.

⁸ CASAL, Jesús María: *Dictadura constitucional y libertades públicas*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993, p. 116.

⁹ En concordancia con el referido precepto constitucional, el legislador agregó otros derechos humanos que consideró intangibles. Así las garantías enumeradas en el artículo 7 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción son: el derecho a la vida, el reconocimiento a la personalidad jurídica, la protección de la familia, la igualdad ante la ley, la nacionalidad, la libertad personal y la prohibición de práctica de desaparición forzada de personas, la integridad personal física, psíquica y moral, no ser sometido a esclavitud o servidumbre, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la legalidad y la irretroactividad de las leyes, especialmente de las leyes penales, el debido proceso, el amparo constitucional, la participación, el sufragio y el acceso a la función pública y la información.

Más aún, nuestra tesis encuentra respaldo, en el desarrollo que encuentra el referido precepto constitucional en el artículo 6 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, que al respecto prescribe: «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...».

También es posible inferir esta tesis del Derecho Internacional de los derechos humanos, y a tal efecto vale traer a colación los artículos 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, respectivamente, disponen, el primero: «En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto», y el segundo: «En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención...».

Según O'DONELL el verdadero «efecto» de esas disposiciones, siguiendo la opinión de la Corte Interamericana, es facultar al Gobierno para que durante un estado de excepción «aplique medidas restrictivas de los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos»¹⁰.

En conclusión, a la luz de nuestra normativa constitucional, especialmente del artículo 337, no se puede predicar el ejercicio de potestades extraordinarias por el presidente de la República producto de la declaratoria de un estado de excepción, si el mismo no está precedido de la restricción de las respectivas garantías.

¹⁰ O'DONELL, Daniel: *Protección internacional de los derechos humanos*. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1989, pp. 397 y 398.

2. Los requisitos de la declaratoria de los estados de excepción

En fin, queda claro que la declaratoria de un estado de excepción da lugar a un régimen jurídico alternativo de carácter provisional, previsto en el propio texto constitucional, el cual no contradice ni desconoce el régimen constitucional ordinario del cual se deriva, sino que se sujeta a sus límites para garantizar la vigencia de los derechos humanos y del sistema democrático. Así lo ha señalado asertivamente la Corte Constitucional colombiana, cuando afirma: «... los estados de excepción no excepcionan la Constitución y no son, ni pueden ser un Estado de facto. Si bien la Carta Política le confiere al presidente de la República poderes extraordinarios, éstos no revisten un grado absoluto, al encontrarse limitados por diversos tipos de controles que buscan impedir los excesos y a la vez garantizar los principios fundamentales que soportan el Estado de Derecho»¹¹.

En ese orden de razonamientos, observamos que la Constitución, la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción y los tratados internacionales de derechos humanos contienen los requisitos de validez del estado de excepción, a cuyo cumplimiento queda sujeto de manera ineludible el Poder Ejecutivo al momento de dictar el Decreto mediante el cual lo declare –cualquiera de las cuatro modalidades del artículo 338 constitucional–, los cuales devienen en verdaderos límites que acotan la actuación del Ejecutivo Nacional en ejercicio de las potestades extraordinarias que se le conceden, y que sirven de parámetros para el ejercicio del control político y de la constitucionalidad por parte de la Asamblea Nacional y la Sala Constitucional, respectivamente.

Así entre los requisitos formales que debe cumplir el Decreto declaratorio de los estados de excepción están: a. que sea adoptado por el presidente de la República en Consejo de Ministros (artículos 236.7 y primer aparte, de la Constitución y 8 y 12 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción); b. que el acto esté suficientemente motivado (enunciación de motivos fácticos y jurídicos), siendo este un requisito que, si bien no está previsto de manera expresa en el texto constitucional ni en la Ley, como si lo exigía la Constitución

¹¹ *Vid.* Corte Constitucional, sent. C-252, del 16-04-10.

de 1961, se infiere de los presupuestos fácticos (requisitos materiales) cuya existencia condiciona la validez del estado de excepción declarado; c. que fije el ámbito de validez temporal y territorial (artículos 338 constitucional y 9 y 12 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción); d. que disponga la remisión del Decreto para la consideración y aprobación de la Asamblea Nacional (control político), así como para la Sala Constitucional (control de constitucionalidad) (artículo 339 constitucional), y e. que disponga la notificación al secretario de la Organización de las Naciones Unidas y al secretario de la Organización de Estados Americanos (artículos 339 constitucional, 4.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 27.3. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)¹².

Por su parte, los requisitos materiales están constituidos por: a. la enunciación de los presupuestos fácticos del tipo de estado de excepción declarado, que se corresponden con las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico y su incidencia grave en la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos (artículos 337 y 338 constitucionales); b. la demostración de la insuficiencia de los medios ordinarios para conjurar la crisis originada por la configuración de los presupuestos fácticos (artículo 337); c. las garantías que serán restringidas con la declaratoria del estado de excepción (artículos 337 constitucional y 6 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción); d. las medidas que pueden ser dictadas y el órgano u órganos competentes para dictarlas o ejecutarlas (artículos 337 y 339 constitucionales y 15, 16, 17, 19 y 20 de la Ley Orgánica).

Nosotros consideramos que resulta necesario añadir un requisito que también se desprende de los preceptos normativos antes invocados, que poco suele mencionarse en la doctrina. En realidad, se trata más bien de especificar

¹² No desconocemos que este último instrumento normativo fue denunciado por el actual Gobierno y que recientemente se reincorporó a la OEA el representante del «gobierno provisorio» de Venezuela, lo que no deja de suscitar dudas sobre la vigencia de la referida Convención en el país, pero a todo evento se mantiene la obligación internacional de hacer la aludida notificación al secretario general de la ONU, por ser parte Venezuela del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que sí mantiene su vigencia.

en términos operacionales el tercer requisito antes enunciado, en el sentido de la exigencia de que las garantías o derechos que se mencionan como restringidos en el correspondiente Decreto, deben estar relacionados causalmente con la modalidad de estado de excepción de que se trate; en otras palabras, tiene que tratarse de una relación de congruencia, sin que esto implique que un mismo derecho o garantía no pueda ser restringido en dos o en todas las modalidades de estados de excepción, porque es obvio que la declaración de cada uno de ellos, como lo dispone el citado artículo 337 de la Constitución, debe responder a circunstancias distintas (de orden social, económico, político, natural o ecológico), así por ejemplo, la garantía del derecho a la inviolabilidad del hogar doméstico, si resulta necesario para encarar la situación excepcional que da lugar a la declaración del respectivo estado de excepción puede ser restringida, sea este de alarma, de emergencia económica o de conmoción interior, es decir, en cualquiera de ellos siempre que prime la aludida relación de congruencia.

Sin embargo, el Decreto de estado de excepción, cualquiera que sea la modalidad, que restrinja las garantías de uno o dos derechos, y haga remisión genérica a los restantes derechos consagrados en la Constitución, o que sin hacer ese tipo de remisión genérica, después en su fase ejecución, el Poder Ejecutivo pretenda invocar a los derechos y garantías que naturalmente se correspondan con el estado de excepción de que se trate, pero que no fueron restringidos en su texto, es obvio que carecerá de uno de los requisitos constitucionales y legales que condicionan su validez, pues postular la tesis contraria es admitir un empoderamiento arbitrario, por ende, *de facto*, del Poder Ejecutivo, propio de la figura denominada por la doctrina alemana «dictadura constitucional», derivada de la vigencia de la Constitución alemana de Weimar de 1919 (artículo 48), lógicamente en claro detrimento de los derechos humanos.

3. Los vicios formales del Decreto de estado de alarma dictado por el Ejecutivo Nacional para afrontar la epidemia del coronavirus (COVID-19), del 13 de marzo de 2020

3.1. La aplicación retroactiva del Decreto

En fecha 12 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró como pandemia la enfermedad infecciosa producida por el virus conocido como coronavirus (COVID-19), que afectó a todos los continentes, lo que obligó a muchos países a adoptar regímenes de excepción¹³ para dictar medidas urgentes con el fin de conjurar la crisis derivada de esa situación extraordinaria. En Venezuela, el Ejecutivo Nacional anunció la declaratoria de estado de alarma el 13 de marzo de 2020, e inmediatamente comenzó su aplicación; no obstante, el Decreto N.º 4160, declaratorio de dicho estado de excepción de alarma fue publicado cuatro días después –en la *Gaceta Oficial* N.º 6519 extraordinario, del 17-04-20– con la particularidad de que se colocó como fecha de publicación la misma fecha de aprobación del Decreto por el presidente de la República en Consejo de Ministros¹⁴.

Esta aplicación retroactiva del Decreto sin duda se trata de un vicio de forma (aplicación retroactiva), que en nuestro criterio pudo ser subsanado estableciendo

¹³ Así por ejemplo en España el Gobierno dictó el Real Decreto N.º 463/2020, en fecha 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; en Perú el Ejecutivo Nacional adoptó el Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM publicado el 15-03-20, que declaró el estado de emergencia nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19; en Ecuador fue dictado el Decreto N.º 107, del 16-02-20, que declaró el estado de excepción por calamidad pública por los casos de coronavirus confirmados y la declaratoria de pandemia del COVID-19, y en Colombia el presidente de la República mediante Decreto N.º 417-2020, del fecha 17-03-20, declaró el estado de emergencia económico, social y ecológico por causa de la grave calamidad pública ocasionada por el COVID-19.

¹⁴ Así lo advirtió la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en su pronunciamiento: <http://www.derysoc.com/especial-nro-3/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-sobre-el-estado-de-alarma-decretado-en-virtud-de-la-pandemia-del-coronavirus-covid-19/>.

en su texto la vigencia retroactiva, pues rechazamos la tesis sobre la irretroactividad legal absoluta, que se fundamenta en la interpretación literal del artículo 24 constitucional, ya que en casos como estos en que está en juego un derecho fundamental, como es la salud, y eventualmente hasta el derecho a la vida, es admisible lo que podía considerarse como una especie de retroactividad *in bonus*.

Mencionamos el vicio básicamente por razones de pedagogía jurídica, ya que consideramos válida la tesis hermenéutica sobre retroactividad implícita del Decreto bajo examen, pero, desde luego, no dejamos de reconocer la tendencia doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria que en Venezuela se decanta por la tesis de la «irretroactividad absoluta»; por tanto, en teoría, su invocación podría servir de fundamento para interponer las acciones judiciales que los interesados consideraren pertinentes.

3.2 El exceso de fundamentación jurídica del Decreto y la confusión que genera en la ciudadanía

Para examinar este aspecto del Decreto, debemos invocar nuestra condición de docente, y partir de una premisa, según la cual cualquier acto jurídico, y más si es de la importancia vital que reviste cualquier Decreto de estado de excepción, no está «más y mejor fundamentado» porque en su sustentación se invoquen, además de las normas necesarias (en este caso, las constitucionales y las de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción), un conjunto abigarrado, en forma desordenada, de normas de instrumentos jurídicos que no hacen más que crear confusión, inclusive en abogados, con mayor razón en los ciudadanos legos en la materia, pues tal confusión se presta para el empoderamiento arbitrario del Poder Ejecutivo.

Efectivamente, al dictar el Decreto, este únicamente debe sustentarse en la normativa estrictamente necesaria, porque así lo impone la naturaleza de este tipo de actos, los cuales, no debe olvidarse, empoderan constitucionalmente al Poder Ejecutivo en detrimento de los derechos y garantías constitucionales. Así, mientras más compleja y confusa sea la referida fundamentación, más puede agravarse el detrimento de los derechos ciudadanos y, correlativamente

podrá ampliarse el empoderamiento arbitrario, insistimos, del Poder Ejecutivo, pues le permite a sus titulares o delegatarios sustentar –algunas veces– ciertas medidas de ejecución del Decreto declaratorio del estado de excepción, que no se desprenden del mismo, en una o varias de las disposiciones normativas enunciadas innecesariamente en su fundamento.

Tal exceso de «fundamentación jurídica», que da lugar a la aludida confusión, queda evidenciada así: el redactor no se limita a señalar los preceptos constitucionales y legales reguladores del estado de excepción, que sustentan el Decreto, sino que añade un conjunto de disposiciones que no tienen ninguna, o casi ninguna, relación con esta figura constitucional. Para demostrar esta afirmación basta con hacer un paneo de dicho Decreto, en el cual se invocan los siguientes artículos de la Constitución: el 83, que consagra el derecho a la salud; el 226, que establece la condición del presidente de la República como jefe de Gobierno; el 236 que enumera las atribuciones del presidente de la República en Consejo de Ministros, específicamente las relativas al ejercicio de la acción de Gobierno (numeral 2), a la declaratoria de los estados de excepción (numeral 7), a la administración de la Hacienda Pública Nacional (numeral 11) y a la residual, de las demás funciones que le señale la Constitución y la ley (numeral 24); y los 337, 338 y 339, todos referidos al régimen de los estados de excepción (que incluye las cuatro modalidades).

Bastaba citar el 236.7, y su primer aparte, así como los artículos 337, 338 y 339, reguladores en términos generales de los estados de excepción, y específicamente la modalidad del estado de alarma, y el 83, consagratorio del derecho a la salud, porque la calamidad invocada está centrada en los efectos de la pandemia sobre el mismo, que es la que se persigue encarar con dicho estado de excepción, todos los demás resultaba innecesario invocarlos expresamente, porque su eventual aplicación constituye una derivación de la declaratoria de todo estado de excepción.

Respecto a los fundamentos legales se invocan los preceptos de las siguientes leyes: de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, los artículos relativos a la definición (artículo 2), a la no interrupción del funcionamiento de los poderes

públicos (artículo 3), al principio de proporcionalidad (artículo 4), al principio de temporalidad (artículo 5), al principio de necesidad (artículo 6), a las garantías que no pueden ser restringidas (artículo 7), al estado de emergencia económica (*sic*) (artículo 10), a las potestades extraordinarias del Ejecutivo Nacional en un estado de excepción (artículo 15), al deber de cooperación (artículo 17), al incumplimiento del deber de cooperación (artículo 18) y a la movilización (artículo 23). Cada una de esas disposiciones de la Ley debe ser invocada como fundamento de las medidas que se adopten en ejercicio de las potestades extraordinarias, derivadas de la restricción de los respectivos derechos o garantías que debían ser mencionados expresamente en el Decreto.

En fin, podría admitirse que el redactor se basó en el dicho popular según el cual «más vale que sobre que falte», razón por la cual enumeró al voleo ese conjunto de normas de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, pero en ese caso se habría invocado incorrectamente la disposición referida al estado de emergencia económica (artículo 10), y falta de manera ostensible las concernientes al estado de alarma (artículos 8 y 9), así como los artículos 26 y 31 *eiusdem*, que aluden a la obligación del presidente de la República de remitirlo a la Asamblea Nacional para su aprobación o desaprobación, y a la Sala Constitucional para el pronunciamiento sobre su constitucionalidad.

Por otra parte, también se invocan innecesariamente los artículos de las leyes que enuncian de seguida: Ley de la Organización Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres, el artículo 4.2, que define lo que se entiende por «emergencia», el cual evidentemente no tiene aplicación en el marco del estado de alarma; de la Ley de Medicamentos, el artículo 67 párrafo único, que regula la competencia del presidente de la República en casos de emergencia sanitaria para importar medicamentos, y de la Ley Orgánica de Salud: los artículos 11.6, referido a la competencia del Ministro de Salud en caso de emergencia sanitaria declarada por el Ejecutivo Nacional, 34 relativo a los establecimientos de atención médica y 62 de los deberes de los trabajadores de la salud.

Reiteramos que la invocación de estos preceptos legales, a diferencia de lo planteado con lo que ocurre con los de la Ley Orgánica sobre los Estados

de Excepción como fundamento del Decreto, es totalmente innecesaria, y además contribuye a crear confusión, porque esas disposiciones en la hipótesis de que se citaren «a mayor abundamiento», en los casos en que se dicten las medidas de ejecución del Decreto, relacionadas con las mismas, su falta de necesidad y pertinencia resulta evidente, en virtud de que su fundamento no reposaría en esas leyes, sino en el Decreto, porque para ejercer esas potestades legales, obviamente, no se requiere la declaración de un estado de alarma, pues recuérdese que de conformidad con el artículo 337 de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, uno de los requisitos de procedencia del respectivo Decreto es que el Poder Ejecutivo carezca de competencia para enfrentar la crisis, por resultar «... insuficientes los medios que dispone el Estado para afrontarlos» —en este caso a los graves hechos causados por la calamidad pública que se debe encarar: el COVID-19—, y, desde luego, que si se trata de las medidas a que se contraen los artículos de las leyes antes enunciadas, esos mismos preceptos habilitan al presidente de la República para ordenarlas, sin necesidad de dictar el estado de excepción.

A mayor abundamiento veamos la diferencia de declarar la «emergencia sanitaria» teniendo como fundamento legal los preceptos antes citados. En tiempos de normalidad, el Poder Ejecutivo estaría obligado siempre a ajustarse a dichos preceptos sin que pueda de ninguna manera infringir los derechos y garantías constitucionales; en cambio, si esa medida es dictada sobre la base del estado de alarma, el Ejecutivo Nacional, vista la ampliación temporal de sus poderes, derivada de la declaración de ese estado de excepción, podrá incidir o «lesionar» los derechos y garantías constitucionales restringidos, durante el periodo de vigencia del estado de alarma.

En conclusión, este vicio de forma del Decreto de declaración del estado de alarma, que consiste en lo que hemos denominado «exceso de fundamentación jurídica», por darle la que pudiera considerarse la denominación menos gravosa, debido a que, además de invocarse en el mismo un conjunto de normas totalmente innecesarias, omitiendo al mismo tiempo algunas que sí resultan necesarias, lo cual podría generar confusión en los destinatarios del Decreto y, por tanto, atenta contra la seguridad jurídica que, como es bien

sabido, tiene rango constitucional, en una materia que reviste tanta importancia por sus implicaciones que tiene sobre los derechos humanos, amén de la confusión entre los ciudadanos, con las consecuencias antes advertidas.

De todas maneras, ponderando la relevancia del bien que se pretende tutelar (la salud pública, frente a un enemigo invisible y terrible como es el coronavirus COVID-19), consideramos que carece el referido vicio de relevancia para ser desaprobado por la Asamblea Nacional y anulado por la Sala Constitucional, en el ejercicio de sus respectivos controles.

3.3. *La omisión del sometimiento del Decreto del estado de excepción de alarma al control político de la Asamblea Nacional (vicio de forma y sustancial)*

La lectura del Decreto evidencia que no se incorporó una disposición que ordenase su remisión a la Asamblea Nacional, tal como lo ordena el artículo 339 de la Constitución; en cambio, en la disposición final decimoprimera sí se dispone de manera expresa que sea remitido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que se pronunciase sobre su constitucionalidad. Esta falta de remisión a la Asamblea Nacional vicia el acto declaratorio del estado de excepción de alarma, pues contraría abiertamente lo dispuesto en el citado artículo 339 constitucional, que impone al Parlamento el deber de considerar y aprobar el Decreto que declare el estado de excepción que le sea remitido por el Ejecutivo Nacional, para que ese órgano legislativo ejerza un control esencialmente político, que presupone su análisis a luz de los preceptos constitucionales, a los fines de determinar su conveniencia o inconveniencia, o su oportunidad o inoportunidad, lo que se traduce en un acto afirmativo (aprobación) o negativo (desaprobación), mediante el cual (el primero) se confiere validez a ese acto de Gobierno que entra en vigencia desde el mismo momento en que es publicado en la *Gaceta Oficial*, o declare que carece de validez (el segundo), caso en el cual el decreto decae desde ese momento.

No obstante, la clara voluntad del constituyente de introducir esta trascendente función de control parlamentario de los decretos declaratorios de los

estados de excepción, la Sala Constitucional mediante la sentencia dictada para resolver un recurso de interpretación de los artículos 339 y 136 constitucionales, al pronunciarse sobre los efectos del referido acto parlamentario, optó por ignorar y anular *de facto* dicho control, al establecer que su ejercicio por parte de la Asamblea Nacional «... no afecta la legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica de los estados de excepción» (*sic*)¹⁵. Posición que fue reiterada en todos los fallos posteriores emanados en la oportunidad de declarar la constitucionalidad de los «estados de excepción y emergencia económica» y sus prórrogas, declarados durante el año 2016 y los años subsiguientes hasta 2020.

Es necesario acotar que la Sala Constitucional, con ocasión de la solicitud de control de la constitucionalidad del Decreto de «estado de excepción y emergencia económica» de fecha 13 de septiembre de 2016¹⁶, se pronuncia en los siguientes términos: «resultan manifiestamente inconstitucionales, y por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica, los actos emanados de la Asamblea Nacional, incluyendo las leyes que sean sancionadas, mientras se mantenga el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia», por lo cual, la Sala pasa a adoptar una posición pragmática respecto al control parlamentario del Decreto, pues no entra a examinarlo, sino que se limita a declarar, sobre la base del fallo que se termina de transcribir, que el acuerdo desaprobatorio de la Asamblea Nacional dictado en ese caso, como «nulo, inexistente e ineficaz» y, lo que es más grave, «legítima» tácitamente al Poder Ejecutivo Nacional para que ignore la obligación constitucional establecida categóricamente por el artículo 339 de la Ley Suprema, de presentar el Decreto ante la Asamblea Nacional.

Dicha postura fue reiterada con ocasión de la prórroga del referido «estado de excepción y emergencia económica», que había sido rechazada mediante

¹⁵ TSJ/SC, sent. N.º 7, del 11-02-16.

¹⁶ TSJ/SC, sent. N.º 810, del 21-09-16; en la que utiliza como fundamento el criterio expresado en su sent. N.º 808, del 02-09-16, mediante el cual se declara «nula de toda nulidad, carente de validez, existencia y eficacia la Ley de reforma parcial del Decreto N.º 2165 con rango y fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación de Oro, así como las Conexas y Auxiliares».

acuerdo desaprobatorio de la Asamblea Nacional, así como en los sucesivos fallos hasta la presente fecha, dictados con ocasión de la revisión de la constitucionalidad de las sucesivas declaratorias de «estados de excepción y emergencia económica» y sus «prórrogas», en los cuales –a pesar de que la Asamblea Nacional no se ha pronunciado sobre la aprobación de ninguno de esos actos porque sencillamente no le han sido remitidos– la Sala se contenta con hacer una declaración genérica, disponiendo como «nulo, inexistente e ineficaz cualquier acto en el cual la Asamblea Nacional pretenda desaprobar el Decreto de estado de excepción y emergencia económica...»¹⁷.

Es necesario advertir que la omisión de este requisito formal es una práctica recurrente del Ejecutivo Nacional, dado que se pudo constatar que desde el 13 de enero de 2017, cuando se dictó el «Decreto declaratorio de estado de excepción y emergencia» (por vez número 7), no aparece recogido un precepto que ordene su remisión al Parlamento, lo cual, como hemos señalado, ha sido producto de la jurisprudencia constitucional. Y como no podía ser de otra manera, la Sala Constitucional, en fecha 24 de marzo de 2020, mediante sentencia N.º 57-2020, declaró la constitucionalidad del Decreto de estado de alarma bajo examen, optando por ignorar la omisión del Poder Ejecutivo de remitir el decreto a la Asamblea Nacional, al ni siquiera mencionarlo en el fallo¹⁸.

Es necesario destacar que, ciertamente, la falta de presentación del Decreto es un requisito de forma, pero a la vez constituye el presupuesto jurídico para que la Asamblea Nacional pueda ejercer el «control político sobre el Decreto, que es un requisito de fondo que condiciona la validez del mismo», y en ese orden de ideas debemos dejar sentado que no compartimos la tesis de la Sala Constitucional sobre los efectos del control parlamentario y, como ya hemos examinado este tema en otro estudio¹⁹, basta con reiterar que en este

¹⁷ *Vid.* TSJ/SC, sents. N.ºs 952, del 21-11-16; 4, del 19-01-17; 113, del 20-03-17; 364, del 24-03-17; 547, del 25-07-17; 727, del 25-09-17; 959, del 22-11-17; 39, del 17-01-18; 284, del 20-03-18; 381, del 23-05-18; 483, del 25-07-18; 638, del 20-09-18; 805, del 26-11-18; 5, del 25-01-19; 73, del 28-03-19; 128, del 23-05-19; 234, del 18-07-19; 325, del 23-09-19; 370, del 22-11-19 y 2, del 15-03-20.

¹⁸ TSJ/SC, sent. N.º 57, del 24-03-20.

¹⁹ PEÑA COLMENARES: ob. cit., pp. 115-117.

caso se trata de un control posterior que puede verse como una expresión del sistema de frenos y contrapesos, propia del principio de separación de poderes, la cual, por lo demás, resulta coherente con la protección debida a los derechos fundamentales que se ven disminuidos en un estado de excepción, por lo cual su omisión sí afecta la validez del acto, el cual debe reputarse nulo si no es sometido al control parlamentario que ordena el artículo 339 constitucional.

Más aún, conviene recordar que la disposición sobre el control político estaba expresamente prevista en el artículo 242 de la Constitución de 1961, y toda la doctrina y la jurisprudencia estaba conteste en que el mismo tenía efecto aprobatorio o desaprobatorio, disposición que fue ponderada por el constituyente de 1999, quien, como resultado de la misma, la introdujo en la Constitución de 1999 (artículo 339), a lo que habría que agregar que la mayoría de los constituyentes de ese año pasaron a formar parte de la Asamblea Nacional de 2000, y este es un dato importante en el marco del proceso hermenéutico, porque ese máximo órgano legislativo «sancionó» en el mes de agosto de 2000 la primera Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, dando cumplimiento a la disposición transitoria tercera de la Constitución, y desde luego en desarrollo de sus artículos 337, 338 y 339, y más concretamente, de lo dispuesto en el último, sobre el control parlamentario del decreto, incorporó al texto de esa Ley una disposición en el artículo 33, cuyo tenor literal es el siguiente: «La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia omitirá todo pronunciamiento si la Asamblea Nacional o la Comisión Delegada desaprobar el decreto de estado de excepción o denegare la prórroga declarando extinguida la instancia».

A la luz de esta norma que al desarrollar el precepto constitucional transforma en Derecho positivo esos razonamientos, queda claro que la voluntad de la Constitución es que el control que debe ejercer la Asamblea Nacional, sobre el Decreto de estado de excepción, al ser el órgano más representativo del pueblo y el único que legítimamente expresa el pluralismo político entre los Poderes Públicos, es que surta efecto aprobatorio o desaprobatorio con carácter vinculante, razón por la cual, a diferencia de la tesis de la Sala Constitucional recogida en su sentencia antes identificada, «sí» afecta la legitimidad, validez,

vigencia y eficacia jurídica del decreto de estado de excepción, cualquiera que sea su modalidad.

Sin embargo, debemos reconocer que la Sala Constitucional, en la sentencia en la que formuló la anterior tesis sobre el efecto del pronunciamiento del Parlamento²⁰, guardando la «debida congruencia», ejerció el control difuso sobre el artículo 33 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, y como resultado del mismo desaplicó dicho precepto por considerar que contrariaba la Constitución, y ordenó seguir el procedimiento de su juzgamiento mediante el control concentrado de constitucionalidad, y hasta donde pudimos averiguar, al día de hoy, no ha dictado el correspondiente fallo.

Cabe destacar finalmente que, si bien la omisión en el decreto de la disposición que acuerda su remisión a la Asamblea Nacional es un vicio de forma, la falta de pronunciamiento del órgano legislativo sobre el Decreto, debido a que el Ejecutivo decidió incumplir esa obligación constitucional, constituye un vicio de fondo o sustantivo, que sin duda da lugar a su nulidad absoluta, y ello se debe a que el decreto mediante el cual es declarado un estado de excepción, cualquiera que sea su modalidad, constituye «un acto constitucional complejo», que requiere, por mandato expreso de la Constitución, para su «validez», la participación en su conformación o adopción tanto del presidente de la República en Consejo de Ministros como la de la Asamblea Nacional; de allí que al faltar el pronunciamiento de la segunda, porque el presidente de la República decidió «no remitirlo» al mencionado órgano legislativo, el Decreto de estado de alarma carece totalmente de validez, y resulta nulo de nulidad absoluta, por tratarse de un vicio que se configura mediante una violación expresa de la Constitución.

Es necesario advertir que, aun cuando se admita la tesis sobre el «desacato» en que se encontraría la Asamblea Nacional, según la decisión implícita de la Sala Constitucional, ello no es óbice para que el presidente de la República se abstenga deliberadamente de remitir a la Asamblea Nacional el Decreto, porque además esa jurisprudencia no faculta al Ejecutivo Nacional para que

²⁰ TSJ/SC, sent. N.º 7, del 11-02-16.

incumpla el mencionado deber constitucional, máxime si no tenía ningún temor acerca del efecto del pronunciamiento de la Asamblea Nacional, visto que en la primera sentencia de la Sala Constitucional que reiteró en posteriores fallos, anuló *de facto* los efectos de la decisión de la Asamblea Nacional sobre el Decreto declaratorio del estado de excepción. A la luz de los argumentos anteriores resulta concluyente que el Decreto de estado de excepción de alarma, bajo examen, está viciado de nulidad constitucional por infringir a la vez un requisito de validez de forma y otro de fondo o sustantivo.

3.4. La falta de notificación del Decreto de estado de alarma a las organizaciones internacionales

El Decreto no contiene ningún artículo que disponga la notificación del secretario general de las Naciones Unidas y del secretario de la Organización de Estados Americanos, que es una exigencia que aparece contemplada tanto en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 4.3) como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 27.3); la cual debe ser cumplida según el mandato del artículo 339 constitucional que ordena al presidente de la República darle cumplimiento al aludido requisito previsto en ambos tratados. Por tanto, al Ejecutivo Nacional omitir dicha notificación en el Decreto, el mismo adolece de un vicio de forma que lo torna susceptible de enjuiciamiento constitucional.

Ahora bien, visto que Venezuela adoptó una política contraria al principio de progresividad de los derechos humanos y, en franco retroceso en la materia, denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 10 de septiembre de 2012, haciéndose efectiva la salida del país del sistema regional americano de los derechos humanos el 10 de septiembre de 2013, pareciera que a partir de esa fecha el Estado no estaría obligado por las previsiones de dicho Pacto. Sin embargo, en nuestro criterio, se trata de una mera apariencia, porque la disposición constitucional citada contiene una remisión general a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, sin que se requiera que Venezuela la haya suscrito, o que habiéndola suscrito la haya denunciado, para que tenga aplicación la mencionada disposición constitucional, pues habiendo elevado la preeminencia de los derechos humanos a la

categoría de valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 2 de la Constitución), es claro que en el desarrollo del texto constitucional el principio de congruencia impone la aplicación de la protección de los derechos humanos, y precisamente esa es la finalidad de la norma bajo examen.

De allí que la denuncia del aludido tratado no sea óbice para predicar su aplicación en el sentido indicado, pues insistimos en que se trata de un clásico caso de remisión constitucional a un texto en materia de derechos humanos, que, por cierto, es también lo que ocurre con el artículo 22 constitucional, que precisamente con la misma finalidad de ampliar los derechos humanos tutelados, remite a los «instrumentos internacionales sobre derechos humanos», sin especificar para nada que deban ser suscritos y ratificados por Venezuela, como sí ocurre por ejemplo en el artículo 23 *eiusdem*, que es la situación en que se encontraría la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pero aun en el supuesto negado de que la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos fuese válida constitucionalmente, de todas maneras el Decreto bajo examen adolecería del vicio mencionado en el epígrafe, en virtud de que en su texto, como ya se dijo, no existe ninguna disposición que disponga la notificación del Decreto al secretario general de la Organización de las Naciones Unidas, tal como lo prevé el artículo 4.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, instrumento internacional suscrito y ratificado por Venezuela, que indudablemente está vigente.

4. Los vicios materiales o sustanciales del Decreto de estado de alarma dictado por el Ejecutivo Nacional para afrontar la epidemia del coronavirus (COVID-19), del 13 de marzo de 2020

4.1 La falta de demostración de la insuficiencia de los medios ordinarios para conjurar la crisis originada por el COVID-19 (presupuesto fáctico del Decreto)

No basta con invocar las circunstancias extraordinarias que constituyen el presupuesto fáctico que afecta la seguridad de la nación (epidemia del

coronavirus), sino que es necesario que en el Decreto se demuestre que no se disponen de medios ordinarios para conjurar la crisis derivada del mismo, tal como lo exige el artículo 337 constitucional, al disponer «... a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos».

Bien pudiera pensarse que este requisito fue «cumplido» al leer el último de los cinco «considerando» del Decreto, el cual señala: «Que en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela aun con las medidas y protocolos de prevención implementados tempranamente por las autoridades sanitarias nacionales, el día 13 de marzo de 2020, se confirmó la existencia de COVID-19 en la República Bolivariana de Venezuela», pero consideramos que el presidente de la República estaba obligado a detallar cuáles fueron esas medidas que supuestamente dictó, así como su fundamento jurídico, para demostrar que resultaron ineficaces para enfrentar la epidemia y que era necesario dictar medidas excepcionales.

Es más, esta ausencia de motivación o motivación precaria de lo que la jurisprudencia colombiana denomina «juicio de necesidad» o «test de subsidiariedad de las medidas de emergencia», que consisten en «la determinación de si las atribuciones ordinarias con las que cuentan las autoridades resultan insuficientes para hacer frente a las circunstancias detonantes de la crisis y por ende, se hace necesario recurrir a las atribuciones extraordinarias propias de un estado de excepción»²¹, se evidencia a las claras, si se compara el Decreto de estado de alarma con el texto del Decreto N.º 417-2020 dictado por el Gobierno colombiano, mediante el cual declaró el estado de emergencia económica, social y ecológico, de fecha 17 de marzo de 2020, en el que, entre otros aspectos, se detallan por un lado, las medidas implementadas antes de la declaratoria del estado de excepción para enfrentar la pandemia (entre otras, las medidas preventivas sanitarias de aislamiento y cuarentena de personas provenientes de China, Italia, Francia y España, y declaratoria de estado de emergencia sanitaria), y por otra, las razones de la insuficiencia de los mecanismos jurídicos que disponían (con el enunciado de distintas

²¹ *Vid.* Corte Constitucional, sent. C-670, del 28-10-15.

leyes vigentes), lo que obligaba al Gobierno a acudir a esa figura para dictar decretos con fuerza de ley con la finalidad de conjurar la crisis generada por el COVID-19, demostrando así el aludido juicio de necesidad.

En esa línea de razonamientos, consideramos que el Decreto adolece del vicio de inmotivación aun cuando resulte una realidad indiscutible que la grave crisis sanitaria del país en la actualidad evidencia que no se disponían de los medios para hacer frente a la epidemia. Ello, sin embargo, no justifica el incumplimiento del requisito en cuestión, pues, como señala BREWER-CARIÁS, el mismo constituye un elemento fundamental para justificar un estado de excepción «lo cual no solo debe fundamentarse en el decreto, sino que debe explicarse y motivarse en el mismo para demostrar su necesidad»²².

No cabe duda de que al Decreto le falta uno de los requisitos que condicionan su validez, el cual resulta capital al momento en que el Parlamento deba emitir el juicio político sobre su procedencia o improcedencia (aprobación o desaprobación), evidenciando un vicio más de los muchos que están presentes ostensiblemente en el mismo, y que no podemos, en nuestra condición de docentes, dejar de poner en evidencia, máxime cuando se trata de un estado de excepción, pero es cierto que en el contexto mundial ha quedado suficientemente demostrado que esta pandemia no es posible combatirla eficazmente, mediante el ejercicio de las potestades que ordinariamente le confieren los ordenamientos jurídicos a los Poderes Ejecutivos o, en términos de nuestra Constitución, «... a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos».

Dada la anterior verdad incuestionable, así como la dimensión del problema que genera la pandemia del COVID-19, y sus graves efectos para la salud, los cuales pueden ser letales, como lo demuestran las estadísticas que lleva

²² BREWER-CARIÁS, Allan R.: «El Decreto del estado de alarma en Venezuela con ocasión de la pandemia del coronavirus: inconstitucional, mal concebido, mal redactado, fraudulento y bien infectivo», <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/04/Brewer.-El-estado-de-alarma-decretado-con-ocasion-de-la-pandemia-del-Coronavirus.pdf>.

a nivel global la Organización Mundial de la Salud, consideramos que se impone valorar este vicio del Decreto en el marco de una tesis hermenéutica que esté básicamente informada por los principios de tutela de los derechos humanos a la salud y a la vida, pues no debe olvidarse que, de conformidad con el artículo 2 constitucional, la vida es precisamente uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. La referida ponderación nos conduce a concluir que el requisito bajo examen está «implícitamente» contenido en el Decreto, sin renunciar a nuestro derecho como docentes a denunciarlo como una falta casi inexcusable, que, como ha quedado demostrado, también es una verdad incuestionable.

4.2. La falta de la enunciación expresa en el Decreto de las garantías constitucionales restringidas (la configuración del vicio)

Debemos destacar que en el Decreto dictado por el Ejecutivo Nacional para encarar la pandemia derivada del COVID-19, «no fueron enunciadas» en forma expresa las garantías restringidas de los derechos, cuyo ejercicio se regula, lo que sin duda constituye un grave vicio, porque reiteramos nuevamente que el estado de excepción amplía de manera exorbitante las potestades del Poder Ejecutivo Nacional en las garantías que se restringen, y correlativamente disminuye el ejercicio de los derechos a que se contraen esas garantías, creando un delicado equilibrio entre ambas variables, exigido por el Estado de Derecho, que, aunque parezca una perogrullada decirlo, debe seguir existiendo plenamente, y precisamente esa cuestión esencial (equilibrio entre poderes y las garantías de los derechos) es la que le otorga viabilidad jurídica, y más específicamente constitucional, a la figura de los estados de excepción.

Pero tal viabilidad o validez aparece condicionada constitucionalmente por los requisitos formales y sustanciales exigidos por el texto constitucional, los cuales se erigen en límites infranqueables para el referido Poder Ejecutivo, pues el cumplimiento de esos requisitos viene a constituir *ex novo* una garantía de protección de los derechos, cuyas garantías se restringen, en el sentido de que las medidas dictadas a tal fin no excedan el marco de esa restricción. Planteado así el asunto (deber de enumeración expresa y sistemática

de las garantías restringidas), queda clara su necesidad para tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, en virtud de que las medidas que dicte el Poder Ejecutivo guarden la debida congruencia con el ejercicio de los derechos cuyas garantías se restringen.

El marco teórico delineado en el párrafo anterior encuentra su fundamentación categórica en los artículos 337 y 339 de la Constitución, específica y concretamente en el segundo, que es del tenor siguiente: «El decreto que declare el estado de excepción [cualquiera que sea su modalidad], en el cual se regulará el ejercicio del derecho, cuya garantía se restringe...», que a su vez encuentra desarrollo en el artículo 15 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, el cual confiere la potestad al presidente de la República para regular las medidas del ejercicio de los derechos, cuyas garantías restringidas se enuncian expresamente –reiteramos– en el Decreto.

Ahora bien, sostenemos que tal enunciación debe estar recogida en el decreto de manera expresa, atendiendo a un canon hermenéutico de antigua data, elevado actualmente a principio general del Derecho, conforme al cual las normas que restringen derechos o garantías, máxime si son constitucionales, son de máxima interpretación restrictiva, pero si existiera duda en este aspecto, hacia la misma conclusión apunta el específico principio hermenéutico que rige en materia de derechos constitucionales, aplicado doctrinaria y jurisprudencialmente en el país, denominado *favor libertatis*.

Basta una simple lectura del Decreto declaratorio del estado de alarma para percatarse de la clarísima omisión en su texto, de las garantías restringidas²³, sin que sea de recibo, en nuestro criterio, la tesis según la cual esa enumeración puede encontrarse difuminada –en términos de medidas– a lo largo de dicho texto, porque sencillamente de esa manera el Decreto atenta contra

²³ Situación que también ha sido advertido por la doctrina venezolana, entre otros, AYALA CORAO, Carlos: «Retos de la pandemia del COVID-19 para el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos», p. 14, www.acienpol.org.ve; BREWER-CARÍAS: ob. cit., pp. 10 y ss.; SIRA SANTANA, Gabriel: «Venezuela y el estado de alarma por el COVID-19», p. 10, www.cidep.com.ve.

la seguridad jurídica, y contra el delicado equilibrio que se configura entre empoderamiento temporal del Poder Ejecutivo y el ejercicio de los derechos, cuyas garantías son restringidas, y además, como se verá más adelante, porque esas medidas que también deben ser enunciadas en el Decreto tienen que corresponderse necesariamente con las garantías que se restringen.

A mayor abundamiento, cabe puntualizar que de conformidad con lo dispuesto en la Constitución la mayoría de las garantías de los derechos son susceptibles de restricción²⁴, pero la ausencia del referido requisito (enumeración en el decreto de las garantías restringibles), puede dar lugar a que se formule una tesis interpretativa conforme a la cual todas aquellas garantías de los derechos que sean susceptibles de ser restringidas deben considerarse implícitamente incluidas en el correspondiente decreto. Esta tesis, que no tendría nada de extraño que fuera admitida jurisprudencialmente en nuestro país, con mayor razón debe rechazarse, porque vulneraría ostensiblemente el principio del equilibrio entre la potestad del Poder Ejecutivo y los derechos de los ciudadanos, que debe existir en todo estado de excepción, el cual solo es posible delinear cuando en el decreto se enumeran de manera expresa y sistemática las garantías restringidas.

Pero además porque, como ya hemos sostenido antes, de los requisitos constitucionales y legales exigidos para la validez de la declaratoria de los estados de excepción, se desprende que debe existir una congruencia entre el tipo de estado de excepción decretado y la restricción del ejercicio de la garantía de un determinado Derecho Constitucional. Esta tesis se reafirma en el artículo 15 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, que confiere la potestad para dictar medidas innominadas de carácter excepcional al

²⁴ Salvo aquellas que no pueden ser restringidas por mandato constitucional y legal, entre los cuales están: a. las enumeradas expresamente en la Constitución, que resultan de la armonización del artículo 337 constitucional, que consagra las garantías de los derechos a la vida, a la prohibición de incomunicación y tortura, al debido proceso, y a la información, con los artículos 27 y 45 que prohíben por vía indirecta, las garantías del derecho al amparo y a la prohibición de practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas, y b. las garantías enumeradas en el artículo 7 de la Ley Orgánica de los Estados de Excepción, indicadas *supra*, nota 9.

presidente de la República, pero condiciona la validez de esas medidas a la exigencia de que sean compatibles con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución, es decir, con el estado de excepción decretado.

En el marco de la tesis que terminamos de exponer, la amplia y aparente discrecional potestad que podría invocar el presidente de la República se vería limitada y, en consecuencia, carecería de competencia para dictar válidamente «toda clase de medidas restrictivas» de derechos o garantías constitucionales, pues –insistimos– en que solo podría dictar aquellas que sean congruentes con la modalidad de estado de excepción que haya sido declarada; congruencia que naturalmente debe estar asociada al deber de respetar los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos de manera implícita en los citados preceptos constitucionales, y que son desarrollados expresamente en los artículos 4 y 6 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción.

Por lo demás, esta tesis es la que prima en el Derecho comparado, ya que, atendiendo a las previsiones constitucionales, los Gobiernos de España y Colombia (en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio y en la Ley N.º 137, del 2 de junio de 1994 de los estados de excepción, respectivamente), han establecido en los respectivos decretos una correlación entre los tipos de estados de excepción y las medidas que concretan el ejercicio, cuya garantías son restringibles expresamente en cada uno de ellos, ponderando las circunstancias en que se configura cada modalidad.

Así, por ejemplo, en el primer ordenamiento, la Ley prevé como regla que «... Las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio (...) serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará en forma proporcionada a las circunstancias» (artículo 1.3), y luego con base en la aludida ponderación, establece que en el decreto de declaración del estado de alarma, solo podrá acordarse la limitación a la circulación (artículo 11.a); en cambio, en el de estado de excepción podrán suspenderse los derechos que figuran en el artículo 55 constitucional, entre otros, los referidos a la libertad y seguridad personal, domicilio, secreto de las comunicaciones, etc. (artículo 13.a).

A mayor abundamiento, cabe reiterar que, en nuestro caso, esa adecuación necesaria, así como el principio de proporcionalidad, es desarrollada de manera expresa en el artículo 4 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, que preceptúa «... toda medida de excepción debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar en lo que respecta a la gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación».

En suma, lo que queda claramente evidenciado es que el Decreto de estado de alarma carece de la enumeración expresa y sistemática de las garantías constitucionales restringidas, lo que sin duda configura un grave vicio de nulidad. Además, la incorporación de las garantías restringidas en el decreto declaratorio de un estado de excepción constituye una tendencia en el Derecho comparado, tal como se evidencia en los Decretos declaratorios de los correspondientes estados de excepción de España, Perú y Ecuador, entre otros Estados, dictados para encarar la calamidad pública causada por la pandemia del COVID-19.

No obstante la aludida clara falta de enunciación de las garantías constitucionales en el Decreto de estado de alarma, de las «medidas» que sin ningún orden figuran en este, SIRA SANTANA deriva la restricción implícita de las garantías de los derechos al libre tránsito, de reunión, propiedad, educación, trabajo y «ejercicio de actividades económicas»²⁵, pero sin llegar a establecer las bases doctrinarias o jurídicas de las cuales se deriva ese carácter implícito, máxime si se tiene en cuenta que el deber de enunciar expresa y explícitamente las garantías restringidas de los derechos constitucionales, constituye un requisito o exigencia constitucional.

Conclusión

En esta primera parte del trabajo podemos concluir que el Decreto declaratorio del estado de alarma dictado por el Ejecutivo Nacional el 13 marzo de 2020, para conjurar la grave crisis sanitaria originada por la COVID-19, declarada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud, adolece

²⁵ SIRA SANTANA: ob. cit. («Venezuela y el estado...»), p. 1.

de varios vicios formales y materiales, sin duda de inconstitucionalidad, por incumplir requisitos esenciales de validez de este tipo de decretos de estados de excepción, que implican una ruptura del delicado equilibrio que, en el marco de un Estado de Derecho, se configura entre el empoderamiento extraordinario del Poder Ejecutivo, que se concreta en la restricción de las garantías de los derechos cuyo ejercicio se regula, y estos mismos derechos, de tal manera que las medidas que dicte el referido Poder no superen los límites que diseñan ese equilibrio, mediante la pretensión de la conversión de las restricciones de las garantías de los derechos, en conculcación o, si se quiere, en términos de la doctrina española, en suspensión de las mismas.

* * *

Resumen: La autora examina –en una primera entrega de un trabajo dividido en dos partes– el Decreto de estado de excepción de alarma dictado a propósito de la epidemia del coronavirus COVID-19. A tales fines, después de explicar la relación causal entre la declaratoria de los estados de excepción y la restricción de las garantías y derechos constitucionales, así como enunciar los requisitos de la declaratoria de los estados de excepción, identifica los vicios formales y materiales del referido Decreto. **Palabras clave:** estado, excepción, alarma, epidemia. Recibido: 18-06-20. Aprobado: 30-07-20.